

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA  
INURBE**

**Vs.**

**FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA**

**ACTA N° 23**

**AUDIENCIA DE FALLO**

En la ciudad de Santafé de Bogotá, a las Diez de la mañana (10:00 a.m.), del día Ocho (8) de Junio de Mil novecientos noventa y nueve (1.999), fecha y hora decretadas por el Tribunal y notificada a los señores apoderados judiciales del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana - INURBE (en adelante y para los efectos de este documento, "INURBE") y de la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA (en adelante y para los efectos de este documento "FIDUAGRARIA"), se reunieron en la sede del Tribunal ubicada en la Carrera 12 N° 70-31, los doctores Jose Ignacio Narváez García, Presidente del Tribunal, Julio César Uribe Acosta y Jorge Suescún Melo, árbitros y el suscrito, Luis Arturo de Brigard Caro, secretario, con el fin de llevar a cabo la Audiencia de Fallo. Se encontraban presentes en la audiencia los doctores Gilberto Peña Castrillón, apoderado de INURBE y Carlos E. Manrique Nieto, apoderado de FIDUAGRARIA.

Abierta la audiencia, se dio lectura de las consideraciones más relevantes y de la parte resolutive del laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por unanimidad por los árbitros.

## **LAUDO ARBITRAL**

Santafé de Bogotá, Ocho (8) de Junio de Mil novecientos noventa y nueve (1.999)

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por el INURBE y por la otra por FIDUAGRARIA.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **A. Pacto Arbitral**

Entre las citadas partes procesales se celebraron tres contratos (que en adelante y para los efectos de éste documento se denominarán colectivamente “los Contratos”) identificados como Contrato N° 058 del 27 de Diciembre de 1.994 (el “Contrato 058”); Contrato N° 066 del 31 de julio de 1.995 (el “Contrato 066”); y Contrato N° 34 del 25 de Abril de 1.996 (el “Contrato 034”) cuyo objeto consistió, en el primer caso, en “la administración, inversión y pago, por parte de la fiduciaria, de los recursos del subsidio familiar de la vivienda que le entregue el FIDEICOMITENTE”, y en los otros dos, en “la administración y pago por parte de la FIDUCIARIA, del subsidio familiar de vivienda que le entregue el FIDEICOMITENTE”.

En la Cláusula Décima Cuarta, Parágrafo.- de cada uno de los contratos celebrados entre las partes (su texto es idéntico) aparece el pacto arbitral, en los siguientes términos:

“Evacuada la etapa de arreglo directo , las diferencias serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento, el cual fallará en derecho, compuesto por dos (2) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, y uno (1) nombrado por el INURBE, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, y se sujetará en todos sus aspectos a los dispuesto en el Decreto 2279 de 1989 y a la Ley 23 de 1.991 y demás normas que la modifiquen o complementen y las reglas del centro de Conciliaciones y Arbitraje Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

#### **B. Tribunal de Arbitramento**

Mediante escrito presentado el 27 de Octubre de 1.997 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá (el “Centro de Arbitraje”), INURBE, por intermedio de su apoderado, presentó demanda para la convocatoria del Tribunal de Arbitramento para solucionar las controversias surgidas con FIDUAGRARIA en virtud de los Contratos. La solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento fue admitida por el Centro de Arbitraje mediante providencia del 28 de Octubre de 1.997, la cual ordenó correr traslado de la referida solicitud a FIDUAGRARIA de conformidad con el Artículo 428 del Código de Procedimiento Civil (“C.P.C.”) y reconoció personería al apoderado de INURBE.

Mediante escrito presentado el 9 de Diciembre de 1.997 ante el Centro de Arbitraje, FIDUAGRARIA, por intermedio de su apoderado, presentó la contestación de la demanda instaurada por INURBE. Asimismo, mediante escrito presentado en la misma fecha por su apoderado, FIDUAGRARIA presentó Demanda de Reconvención contra INURBE. El Centro de Arbitraje, para dar cumplimiento formalmente a lo dispuesto por los Artículos 400 y concordantes del Código de Procedimiento Civil, mediante providencia del 22 de Diciembre de 1.997, admitió la demanda de reconvención; ordenó correr traslado de la misma a INURBE por el término legal y reconoció personería al apoderado de FIDUAGRARIA. Mediante escrito presentado el 29 de Enero de 1.998, el INURBE presentó contestación a la demanda de reconvención de FIDUAGRARIA.

El 18 de Febrero de 1.998 se celebró en las instalaciones del Centro de Arbitraje la Audiencia de Nombramiento de Arbitros, en el curso de la cual las partes manifestaron su voluntad de celebrar el siguiente pacto arbitral:

“Los representantes de FIDUAGRARIA e INURBE, convenimos de común acuerdo que las diferencias a que den lugar los contratos 58/94, 66/95 y 34/96 a que se refiere este trámite arbitral, serán resueltas por un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros designados de común acuerdo por las partes, que funcionará en Bogotá y fallará en Derecho”

Acto seguido las partes nombraron como árbitros para integrar el Tribunal a los doctores Jose Ignacio Narváez García, Julio César Uribe Acosta y Jorge Suescún Melo. Los señalados árbitros, notificados de su nombramiento, manifestaron su aceptación oportunamente.

Notificadas que fueran las partes y sus apoderados, el 4 de Marzo de 1.998 se celebró en el Centro de Arbitraje la Audiencia de Conciliación, en la cual se estableció la imposibilidad de llegar a un acuerdo en relación con las diferencias objeto del arbitramento.

Posteriormente, en audiencia celebrada el 15 de Abril de 1.998, se procedió a la instalación del Tribunal. En el curso de la audiencia se nombró como presidente al Doctor José Ignacio Narváez García, quien aceptó en el acto y como Secretario al Doctor Luis Arturo de Brigard Caro, quien oportunamente manifestó su aceptación y tomó posesión de su cargo. Mediante Auto proferido en la misma audiencia, se decretó legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento y se fijaron las sumas correspondientes a los honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos de administración del Tribunal. Asimismo, se ordenó informar a la Procuraduría General de la Nación de la constitución del tribunal, en los términos del Artículo 45 del Decreto 2279 de 1.989. Posteriormente, en audiencia celebrada el 13 de Mayo de 1.998 el Tribunal dispuso, por solicitud conjunta de las partes, fijar su sede y la de la Secretaría en la Carrera 12 N° 70-31 de la ciudad de Santafé de Bogotá.

### **C. Presupuestos Procesales**

Antes de entrar a decidir sobre el fondo se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, para poder así proferir un laudo de mérito.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, aparece:

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación.

Ambas partes, en su calidad de entidades públicas, tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del Tribunal de Arbitramento, de conformidad con los artículos 68 a 71 de la Ley 80 de 1.993 (compilados por los artículo 226 a 229 del Decreto 1818 de 1.998).

Por disposición de las partes expresada en el pacto arbitral, el laudo habrá de proferirse en derecho. Al no establecer las partes el término de duración del proceso, éste será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, conforme a lo dispuesto por el Artículo 103 de la Ley 23 de 1.991, sin perjuicio de la ampliación del mismo por parte de los árbitros, de conformidad con el Artículo 70 de la Ley 80 de 1.993 (compilado por el Artículo 228 del Decreto 1818 de 1.998).

Las pretensiones formuladas por la parte demandante en la demanda, así como las planteadas por la parte demandada en la reconvención, son susceptibles de

transacción, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispone el Artículo 26 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el Artículo 119 de la Ley 446 de 1.998. El INURBE está representada por el doctor Gilberto Peña Castrillón, y FIDUAGRARIA por el doctor Carlos E. Manrique Nieto, según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente

#### **D. El Proceso**

Habiendo las partes consignado oportunamente el valor que les correspondió por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario y de gastos del arbitramento, el Tribunal asumió competencia mediante Providencia proferida en el curso de la primera audiencia de trámite que se celebró el 1º de Julio de 1.998.

El Tribunal decretó las pruebas en el proceso, incluyendo, además de las documentarias aportadas por el INURBE con la demanda, y por FIDUAGRARIA con la contestación de la demanda; con su demanda de reconvención; y con la contestación de la reforma de la demanda del INURBE, las siguientes:

De las solicitadas por el INURBE en la demanda, en la contestación de la demanda de reconvención y en la reforma de la demanda, la declaración de parte del representante legal de FIDUAGRARIA; la inspección judicial con exhibición de libros y documentos y con la intervención de peritos en las oficinas de FIDUAGRARIA (decretada de oficio por el Tribunal en lugar de la exhibición de documentos con intervención de peritos solicitada por el INURBE, la cual fue negada); los testimonios de Alicia Villegas y Militza Buitrago; y la certificación de que trata el N° 2 del Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil de parte del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas - DANCOOP.

De las solicitadas por FIDUAGRARIA en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención, los oficios para aportación de documentos al representante legal del INURBE; a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Desarrollo Económico, a la Presidencia de la República - Secretaría General, a los liquidadores de Cooservir y Avancemos y a los juzgados 26, 4 y 28 civiles del circuito de Bogotá; la exhibición de documentos en las fiduciarias Fidugán S.A., Fiduoccidente S.A., Fiduciar S.A., Fiducor S.A., Sufibic S.A. y Fidultra S.A.; los testimonios de los señores Alicia Villegas, Juan Ricardo Noero, Armando Moncaleano, Blanca Miryam Figueroa, Alvaro Arango, Carlos Arturo Rivera, Pablo Vallejo, Edgard Stand, Armando Caicedo, César Corredor y Consuelo Chacón; la inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas del INURBE, y el dictamen pericial solicitado en la demanda de reconvención y en la contestación de la reforma de la demanda. Se denegó la inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas del Ministro de Desarrollo Económico y del Viceministro para la Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable.

Las pruebas decretadas por el Tribunal se practicaron, con excepción de las exhibiciones de documentos en Fiduoccidente, Fiduciar, Sufibic y Fidultra, y de los testimonios de Juan Ricardo Noero, Miryam Figueroa, Militza Buitrago Armando Moncaleano, Edgard Stand y Armando Caicedo, de cuya práctica desistieron las partes conjuntamente.

Respecto del Oficio para la aportación de documentos librado a la Procuraduría General de la Nación, no fue posible obtener la prueba solicitada en razón de que esa entidad, a través de la Secretaría de la Dirección Nacional de Investigaciones, respondió mediante Oficio N° 01197 del 15 de Febrero de 1.999 que “el expediente adelantado contra los doctores ARMANDO MONCALEANO MONTOYA y ARMANDO

CAICEDO CAICEDO, en su calidad de funcionarios del INURBE, el pasado 7 de diciembre de 1998, la Comisión Especial Disciplinaria, profirió auto de cargos disciplinarios en su contra, y actualmente se encuentra en trámite de notificación de los mismos.”, omitiendo el envío de la documentación solicitada.

Para la práctica de las pruebas periciales decretadas el Tribunal nombró como peritos a los expertos Ricardo Sabogal Acosta y Jorge Torres Lozano.

Mediante providencia proferida por el Tribunal en audiencia del 3 de Febrero de 1.999, habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas por el Tribunal, con las salvedades atrás indicadas, se declaró el cierre de la etapa de pruebas en el presente proceso. En el curso de la misma audiencia, los apoderados de las partes solicitaron conjuntamente al Tribunal que se prescindiera de la citación para audiencia de conciliación, a lo cual accedió el Tribunal procediendo en consecuencia a citar a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, lo cual se llevó a efecto en audiencia que se celebró el 17 de Marzo de 1.999, en la cual los apoderados de las partes expusieron oralmente sus alegaciones y presentaron un resumen escrito de las mismas.

Mediante Auto calendarado el 13 de Mayo de 1.999 el Tribunal decidió, en ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 70 de la Ley 80 de 1.993 (compilado por el Artículo 228 del Decreto 1818 de 1.999) ampliar el término de duración del presente proceso arbitral hasta el 30 de Junio de 1.999, y citar a las partes para la audiencia de fallo para el día 8 de Junio de 1.999, providencia ésta que le fue notificada personalmente a los apoderados de las partes.

Surtidas en legal forma todas las etapas procesales del arbitramento, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término legal para proferir el presente laudo.

## **E. La Demanda de INURBE**

### **I.- Pretensiones:**

Mediante apoderado especial, debidamente reconocido por el Tribunal dentro del proceso, el INURBE solicita al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones, las cuales se encuentran integradas en la reforma de la demanda:

**“Primera.-** Que se declare que los contratos No- 58 del 27 de diciembre de 1.994, No- 66 del 31 de julio de 1.995, y No- 34 del 25 de abril de 1.996 a los que se refiere esta demanda, suscritos entre el INURBE y FIDUAGRARIA, son contratos estatales de fiducia pública.

**Segunda.-** Que se declare que la totalidad de los dineros entregados por el INURBE a FIDUAGRARIA en ejecución de los contratos anteriores son dineros públicos, integrantes del presupuesto del INURBE, destinados a la financiación de la vivienda de interés social y, en concreto, al pago del subsidio para la vivienda de interés social.

**Tercera.-** Que se declare que FIDUAGRARIA incumplió los anteriores contratos al pretermitir deberes o desbordar facultades que le imponían la ley o los mismos contratos, así como al no proceder con las precauciones y prudencia que le imponía la calidad de los dineros entregados por el INURBE en ejecución de estos contratos, y al cobrar por sus servicios sumas superiores o por razones diferentes a las previstas contractualmente, o al no haber prestado unos determinados servicios a los que se comprometió FIDUAGRARIA contractualmente.

**Cuarta.-** Que los anteriores incumplimientos causaron al INURBE, parte estatal contratante, perjuicios que deben indemnizarse en forma completa, tanto por daño emergente como por lucro cesante, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, perjuicios que están constituidos de manera principal por las siguientes sumas de

dinero que no ha devuelto o restituido FIDUAGRARIA al INURBE, correspondientes a los contratos a que se refiere esta demanda:

- Contrato No. 58 de 1.994 ..... \$ 1.000.000.000
- Contrato No. 66 de 1.995 ..... \$ 2.000.000.000
- Contrato No. 34 de 1.996 ..... \$ 13.245.827.220,53

Estas sumas de dinero se refieren a capital solamente.

**Quinta.-** Que a pesar de todo lo anterior, se continúe la ejecución de estos contratos hasta la terminación del lapso de duración pactado, se liquiden dentro de este mismo proceso los contratos que ya hubieren terminado por expiración del plazo pactado o cuyo plazo venza dentro del transcurso de este proceso, y si esto no ocurriere, en algún caso, se indiquen los parámetros o pautas obligatorios para su liquidación, todo esto de manera adicional a lo que se disponga por razón de la cuarta pretensión, y que como consecuencia de la liquidación de cada contrato se ordenen las devoluciones, transferencias, pagos y demás reconocimientos patrimoniales a que tenga derecho el INURBE frente a FIDUAGRARIA, y se efectúen las compensaciones a que haya lugar entre las partes de manera recíproca.

**Sexta.-** Todas las sumas de dinero a que se condene a FIDUAGRARIA en favor del INURBE, o que la primera tenga que restituir, transferir o pagar, o cuya compensación se reconozca en este proceso a favor del INURBE, serán actualizadas hasta el día de su pago efectivo de acuerdo con los índices que correspondan legalmente o que indique el Tribunal, liquidadas con intereses moratorios, o a partir de la fecha en que se vencieron los títulos a que se refieren los hechos Nos- 9 bis, 26 y 27 de la reforma de la demanda, o a partir del día en que FIDUAGRARIA hubiere efectuado un cobro indebido de comisiones o por cualquier otro concepto no previsto en los contratos, o a partir del día en que una suma de dinero objeto de estas liquidaciones (actualización e intereses) hubiere debido estar líquida, a disposición del INURBE, para los fines del contrato correspondiente. Estas liquidaciones (actualización e intereses) se efectuarán de acuerdo con el artículo 4o., numeral 8o. de la Ley 80 de 1.993, en concordancia con el artículo 1o. del Decreto 679 de 1.994, normas que deberán aplicarse de acuerdo con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

**Séptima.-** Que para los efectos sustanciales y procesales a que hubiere lugar, y sin perjuicio de la mora en que hubiere incurrido FIDUAGRARIA con anterioridad a la presentación de esta demanda, respecto de todas o algunas de las obligaciones a que se refieren las declaraciones anteriores, la notificación del auto admisorio de la demanda tendrá los efectos indicados en el inciso segundo del artículo 90 del Código de procedimiento Civil.

**Octava.-** Que se condene en costas a la parte demandada.”

II.- Fundamentos de la demanda:

Como fundamento de sus pretensiones, INURBE expuso los hechos que a continuación se relacionan en forma resumida:

En virtud de las Licitaciones Públicas N° 05 de 1.994, N° 010 de 1.995 y N° 01 de 1.996 abiertas por el INURBE para seleccionar sociedades fiduciarias con el fin de celebrar contratos de encargo fiduciario (en el caso de la primera) o de fiducia pública (en el caso de las dos últimas), para la inversión (en el caso de la primera únicamente), administración y pago de los recursos del Subsidio Familiar de Vivienda que por ley le corresponde otorgar al INURBE, FIDUAGRARIA presentó sendas propuestas de contratación en cada una de las licitaciones del INURBE, las cuales resultaron favorecidas con la adjudicación por parte de éste Instituto de los Contratos N° 58 del 27 de Diciembre de 1.994; N° 66 del 31 de Julio de 1.995 y N° 34 del 25 de Abril de 1.996.

El objeto de los referidos contratos está consignado en la Cláusula Primera de cada uno de ellos y se refiere, en el caso del Contrato N° 58/94 a “la administración, inversión y pago, por parte de la FIDUCIARIA, de los recursos del subsidio familiar de vivienda que le entregue el FIDEICOMITENTE, de acuerdo a las estipulaciones de este contrato.” y en el caso de los contratos N° 66/95 y N° 34/96 a “la administración y pago, por parte de la FIDUCIARIA, de los recursos del subsidio familiar de vivienda que le entregue el FIDEICOMITENTE, de acuerdo a las estipulaciones de este contrato.”.

Dentro de las prestaciones a cargo de FIDUAGRARIA en virtud de los contratos señalados se incluyen las que a continuación se describen:

Cláusula Octava, numeral 1) “Invertir temporalmente los recursos que le sean entregados por EL FIDEICOMITENTE”, “con sujeción al régimen de inversiones que para el efecto establezca la Junta Administradora del Fideicomiso” -en el caso del contrato 58/94, o “en Corporaciones de Ahorro y Vivienda, bancos o establecimientos de crédito que financien vivienda de interés social. Asimismo, realizarán inversiones que les sean ordenadas por el FIDEICOMITENTE a través la de la Junta Administradora del Fideicomiso” -en el caso de los contratos 66/95 y 34/96, “con observancia de las disposiciones legales vigentes sobre la materia, atendiendo criterios de seguridad y rentabilidad. Estas inversiones se harán de acuerdo con la programación de pagos del Subsidio Familiar de Vivienda, y LA FIDUCIARIA velará por mantener los niveles de liquidez adecuados para atender los requerimientos de cobro de dicho Subsidio.”.

Cláusula Octava, numeral 2) “Las Inversiones Temporales a que se refiere el numeral precedente, se efectuarán únicamente de acuerdo a los intereses del FIDEICOMITENTE y la fiduciaria no podrá realizar triangulaciones, ni pactos para la realización de inversiones u operaciones que no consulten exclusivamente tales intereses.”.

Cláusula Octava, numeral 5): “Pagar, por cuenta del beneficiario, el subsidio familiar de vivienda a quien suministró o financió la solución de vivienda, conforme conste en documento idóneo para el efecto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la reglamentación expedida para tal fin. El pago de todo subsidio deberá efectuarse dentro de los tres (3) días hábiles bancarios siguientes al vencimiento del plazo máximo para la revisión de los documentos que soportan el cobro” -en el caso de los contratos 58/94 y 66/95- o de “un (1) día hábil” -en el caso del contrato 34/96”. “La obligación de pago se entenderá cumplida únicamente cuando el valor del subsidio pueda hacerse efectivo mediante el retiro del dinero dentro del plazo antes señalado. El agente externo que se utilice para efectuar los pagos del subsidio familiar de vivienda será el señalado por el INURBE, o el que designen LA FIDUCIARIA o la persona autorizada para el pago. Es entendido que LA FIDUCIARIA acometerá la gestión de pago del Subsidio Familiar de Vivienda a nivel Nacional.”.

Cláusula Octava, numeral 22 del contrato 58/94, equivalente textualmente al numeral 20 de los contratos 66/95 y 34/96: “Recomendar a la Junta Administradora del fideicomiso, de acuerdo a su conocimiento específico sobre el manejo de las inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo”.

Cláusula Octava, numerales 10 y 11 -numeración del Contrato 58/94, que equivale textualmente a los numerales 7 y 8 de los contratos 66/95 y 34/96: “Poner a disposición del FIDEICOMITENTE toda su experiencia, conocimientos, medios técnicos e institucionales”; y “Realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad del presente encargo”;

Cláusula Octava, numeral 22 -numeración del contrato 58/94, que equivale textualmente al numeral 20 de los contratos 66/95 y 34/96: “En términos generales, LA FIDUCIARIA se obliga a dar cumplimiento a todos los servicios ofrecidos en su

propuesta, la cual forma parte integrante de este contrato.”. Estos servicios, por su parte, se refieren en síntesis a la asesoría jurídica antes de efectuarse el cobro del subsidio (en los contratos 58/94 y 66/95); al suministro de material didáctico; al envío de comunicaciones recordatorias a los hogares postulantes asignados; a la cofinanciación de avisos de divulgación de asignaciones; y al monitoreo de programas (en los contratos 66/95 y 34/96).

En cuanto a la remuneración de FIDUAGRARIA, en la Cláusula Cuarta de cada uno de los contratos se estableció que el INURBE pagaría una suma fija por cada subsidio pagado (distinta para cada contrato) y en el contrato 58/94 se pactó adicionalmente “como remuneración variable, las comisiones que se causen por la inversión de los recursos entregados por el INURBE”, remuneración esta que no se causa en los otros contratos.

El INURBE alega que FIDUAGRARIA incumplió con las anteriores prestaciones contractuales en relación con cada uno de los contratos (el 58/94, el 66/95 y el 34/96), por las siguientes razones:

En cuanto al contrato 58/94, por cuanto al momento de la presentación de la demanda se encontraban sin pagar los subsidios de vivienda de interés social que se anexaron a la misma; y en cuanto a los contratos 66/95 y 34/96, por cuanto al haber administrado los dineros del INURBE sin sujeción a los criterios de seguridad y liquidez, al momento de tener que cumplir con la finalidad de estos contratos no tendrá fondos disponibles con que hacerlo.

Al no ejecutar sus labores asesoras con criterios de profesionalismo y prudencia, tal y como lo exigían el objeto y la finalidad de los contratos, la naturaleza de sus funciones, y los términos de sus propuestas, especialmente.

Por haber actuado al margen del reglamento que prevén los mismos y las normas que regulan su actividad de empresa de servicios financieros, para la decisión de las inversiones temporales que debía efectuar con los dineros entregados por el INURBE y, especialmente, al haber actuado sin contar con la Junta Administradora prevista en los contratos.

Al efectuar inversiones temporales sin observar los criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez que le imponen los contratos, hasta el punto de encontrarse los recursos destinados al pago de subsidios para la vivienda de interés social colocados en entidades intervenidas y en estado de liquidación, no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Al cobrar y percibir por sus servicios comisiones no pactadas, ocultas o soslayadas, por encima de lo que prevén los contratos.

Por no haber cumplido con los servicios complementarios que ofreció al INURBE en las respectivas propuestas, a los que se hizo referencia atrás (asesoría jurídica antes de efectuarse el cobro del subsidio (contratos 58/94 y 66/95); suministro de material didáctico; envío de comunicaciones recordatorias a los hogares postulantes asignados; cofinanciación de avisos de divulgación de asignaciones; y monitoreo de programas (contratos 66/95 y 34/96).

III.- Contestación de la demanda y proposición de excepciones por parte de FIDUAGRARIA.

FIDUAGRARIA contestó oportunamente la demanda, así como la reforma de la misma presentada por el INURBE y oponiéndose a todas las pretensiones de la parte convocante, con excepción de la primera y la segunda, respecto de las cuales manifestó que no se oponía, “en general”, pero solicitando al Tribunal tener en cuenta al decidir sobre tales pretensiones que el contrato 58/94 es un encargo fiduciario, tipo



contractual distinto al de la fiducia pública, al menos desde el punto de vista nominal, por lo que a ese respecto se opuso, también, a la pretensión primera. Asimismo, FIDUAGRARIA se pronunció sobre los hechos expuestos por INURBE en la demanda y en su posterior reforma, negando algunos, aceptando otros, total o parcialmente y en la mayoría de los casos formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos.

Adicionalmente, FIDUAGRARIA propuso las excepciones de fondo:

1. De contrato no cumplido por parte del demandante (Artículo 1609 del Código Civil).
2. Pago íntegro de las prestaciones a cargo de la Fiduciaria. Debido cumplimiento del contrato por la Fiduciaria.
3. Falta de legitimación en la causa por parte del demandante por carecer de fundamento jurídico y de hecho las pretensiones de la demanda.
4. Ausencia de culpa por parte de la Fiduciaria.
5. El hecho del demandante. El perjuicio alegado, si existe, es derivado exclusivamente de actos y hechos del demandante o al menos de sus funcionarios por los que él es responsable.
6. El hecho de terceros.
7. Petición de modo indebido.
8. Responsabilidad del demandante por la conducta y actos contractuales o extracontractuales de sus funcionarios.

#### **F.- La Demanda de Reconvención de FIDUAGRARIA**

En oportunidad procesal FIDUAGRARIA, por intermedio de su apoderado debidamente reconocido, instauró demanda de reconvención contra el INURBE

##### **I.- Pretensiones:**

En desarrollo de la demanda de reconvención FIDUAGRARIA formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena contra el INURBE:

“1.- Que los contratos números 58 de diciembre 27 de 1.994, 66 del 31 de julio de 1.995 y 034 del 25 de abril de 1.996, suscritos entre el INURBE y FIDUAGRARIA, son contratos válidamente celebrados y se encuentran actualmente en ejecución.

2.- Que INURBE ha incumplido los mencionados contratos por cuanto no ha pagado a FIDUAGRARIA S.A. la totalidad de la retribución pactada a su favor, ni las expensas y gastos en que esta ha incurrido para la defensa de los bienes del fideicomiso y para el cumplimiento de la finalidad de los contratos y porque el INURBE no ha entregado a FIDUAGRARIA S.A. la totalidad de los recursos necesarios que debió entregar de conformidad con los contratos, para que pudiera cumplirse su objeto.

3.- Que se ordene al INURBE cumplir, íntegramente, con las prestaciones antes indicadas, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, esto es, se ordene el pago de la totalidad de las comisiones y expensas no canceladas aún y a la entrega de la totalidad de los recursos para el cumplimiento del objeto de estos contratos.

4.- Que como consecuencia de la declaración segunda anterior, se condene al INURBE a pagar a favor de FIDUAGRARIA la totalidad de los perjuicios que por daño emergente

y lucro cesante le ha causado en la cuantía que determinen los Señores Arbitros de acuerdo con lo que se probará en el proceso.

5.- Que se condene en costas al INURBE.”

## II.- Fundamentos de la Demanda de Reconvención

Como fundamento de sus pretensiones, FIDUAGRARIA expuso los hechos que a continuación se relacionan en forma resumida:

Entre el INURBE y FIDUAGRARIA se celebraron los contratos números 58 de diciembre 27 de 1.994, 66 del 31 de julio de 1.995 y 034 del 25 de abril de 1.996.

El INURBE no ha pagado y está en mora de pagar las siguientes comisiones causadas dentro de la ejecución de los contratos:

Contrato 58/94:	\$25'179.695,51
Contrato 66/95:	\$72'466.233,00
Contrato 34/96:	\$158'417.626,79

El INURBE no ha entregado y se encuentra en mora de entregar las siguientes sumas por concepto de transferencia o aporte al encargo fiduciario 58 de 1.994, la suma de \$1.705'683.009,26, y al encargo fiduciario 34 de 1.996 la suma de \$2.806'177.615,95.

En razón de las instrucciones impartidas por el INURBE, se efectuaron inversiones en diferentes cooperativas, algunos de cuyos títulos resultaron impagados a su vencimiento, por lo que antes de iniciar los procesos, a instancias del INURBE, la Fiduciaria realizó varias gestiones de cobro prejurídico e inició los procesos de cobro en cumplimiento de los deberes que le impone el Artículo 1234, numerales 1 y 4 del Código de Comercio, lo cual le generó unas erogaciones en cuantía de \$48'718.759, suma que, por estar en mora, deberá serle devuelta por el INURBE junto con los intereses moratorios correspondientes.

## III.- Contestación de la Demanda de Reconvención por parte del INURBE.

INURBE contestó oportunamente la demanda de reconvención de FIDUAGRARIA y se pronunció sobre los hechos expuestos por éste, negando algunos, aceptando otros, y en otros casos señalando que no le constan, por lo que se atiene a lo que se pruebe.

Asimismo, el INURBE se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención de FIDUAGRARIA, sin proponer excepciones de fondo en particular, si bien señala en su escrito algunos argumentos para contradecir el sustento fáctico y jurídico de las pretensiones de la demandante en reconvención.

## II- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El debate planteado en este proceso versa sobre el alegado incumplimiento de prestaciones nacidas de tres contratos, incumplimiento que, según el convocante, le produjo perjuicios patrimoniales cuyo resarcimiento persigue en este arbitraje. Se trata, pues, de un caso de responsabilidad contractual, para cuyo éxito es menester que estén presentes los elementos estructurales de la mencionada responsabilidad. Según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: (a) El contrato como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; (b) la mora del demandado; (c) el incumplimiento de tales obligaciones, y (d) el daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia de Casación Civil del 3 de noviembre de 1977.

La Doctrina por su parte señala que para que surja la responsabilidad contractual es necesario un incumplimiento imputable al deudor, la generación de un perjuicio al acreedor como resultado de ese incumplimiento y la mora del deudor si la obligación es positiva<sup>2</sup>. Por tanto, deberá acreditarse la existencia de la fuente de las obligaciones, las prestaciones que de dicha fuente se derivan; el incumplimiento de las mismas y el perjuicio producido por tal incumplimiento. El Tribunal habrá de analizar si en este proceso están presentes los mencionados elementos, debiendo estudiar, igualmente, los aspectos particulares de la imputabilidad, teniendo en cuenta que los contratos que se dicen violados fueron celebrados por entidades estatales.

## **1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN RELACION CON LA DEMANDA DEL INURBE**

### **1.1 Los Contratos**

Está plenamente acreditado en este proceso que las obligaciones que se dice fueron incumplidas por la convocada provienen de tres contratos perfeccionados entre el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE- y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A., distinguidos con los números 58, del 27 de Diciembre de 1994; 66, del 31 de Julio de 1995 y 34, del 25 de Abril de 1996.

### **1.2 Las Obligaciones que se alega fueron incumplidas**

Las prestaciones asumidas por la Convocada, que el INURBE afirma fueron incumplidas, se encuentran previstas en los pliegos de condiciones, en las ofertas de FIDUAGRARIA y en el clausulado de los contratos suscritos, y son las que a continuación se señalan:

#### **1.2.1 Obligaciones relativas a las Inversiones Temporales y al pago de los Subsidios.**

La parte convocante alega el incumplimiento de varias prestaciones a cargo de la Fiduciaria relativas a la inversión temporal de recursos y al pago del subsidio de vivienda. Las estipulaciones contractuales que se afirma no fueron observadas por la convocada se señalan a continuación, en forma agrupada para los tres contratos, dado que su clausulado es muy similar, así como los incumplimientos que se imputan a la entidad deudora.

1. **“Hecho No- 6.-** FIDUAGRARIA incumplió este contrato puesto que al momento de formularse esta demanda se encuentran sin pagarse los subsidios de vivienda de interés social que se relacionan en anexo de esta demanda y que forma parte de los **hechos** de la misma”. (Contrato N° 58).

**“Hecho No.- 21.-** FIDUAGRARIA incumplió ambos contratos, tanto el No. 66 de 1995, como el No - 34 de 1996, puesto que al haber administrado los dineros entregados por el INURBE sin sujeción a los principios de seguridad y liquidez, al momento de tener que cumplir la **finalidad** de estos contratos no tendrá fondos disponibles con que hacerlo”.

Estos incumplimientos se refieren a las siguientes estipulaciones:

Contrato N° 58: cláusulas 1 y 8 numeral 5

Contrato N° 66: cláusulas 1 y 8 numeral 5

Contrato N° 34: cláusulas 1 y 8 numeral 5

---

<sup>2</sup> Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones N°

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO. El presente contrato tiene por objeto la administración, inversión y pago, por parte de LA FIDUCIARIA, de los recursos del subsidio familiar de vivienda que le entregue EL FIDEICOMITENTE, de acuerdo a las estipulaciones del presente contrato”. (Contrato N° 58)

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO. El presente contrato tiene por objeto la administración y pago, por parte de LA FIDUCIARIA, de los recursos del subsidio familiar de vivienda que le entregue EL FIDEICOMITENTE, de acuerdo a las estipulaciones del presente contrato”. (Contratos Nos. 66 y 34)

“CLAUSULA OCTAVA:...5) Pagar, por cuenta del beneficiario, el subsidio familiar de vivienda a quien suministró o financió la solución de vivienda, conforme conste en documento idóneo para el efecto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la reglamentación expedida para tal fin. El pago de todo subsidio deberá efectuarse dentro de los tres (3) días hábiles bancarios siguientes al vencimiento del plazo máximo para la revisión de los documentos que soportan el cobro. La obligación de pago se entenderá cumplida únicamente cuando el valor del subsidio pueda hacerse efectivo mediante el retiro del dinero dentro del plazo antes señalado. El agente externo que se utilice para efectuar los pagos del subsidio familiar de vivienda será el señalado por el INURBE, o el que designen LA FIDUCIARIA o la persona autorizada para el pago. Es entendido que LA FIDUCIARIA acometerá la gestión de pago del Subsidio Familiar de Vivienda a nivel Nacional”. (Contratos N° 58 y 66)

“CLAUSULA OCTAVA:...5) Pagar, por cuenta del beneficiario, el subsidio familiar de vivienda a quien suministró o financió la solución de vivienda, conforme conste en documento idóneo para el efecto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la reglamentación expedida para tal fin. El pago de todo subsidio deberá efectuarse en el término máximo de un (1) día hábil siguiente al vencimiento del plazo máximo para la revisión de los documentos que soportan el cobro. La obligación de pago se entenderá cumplida únicamente cuando el valor del subsidio pueda hacerse efectivo mediante el retiro del dinero dentro del plazo antes señalado. El agente externo que se utilice para efectuar los pagos del subsidio familiar de vivienda será el señalado por el FIDEICOMITENTE, o el que designen LA FIDUCIARIA o la persona autorizada para el pago. Es entendido que LA FIDUCIARIA acometerá la gestión de pago del Subsidio Familiar de Vivienda a nivel Nacional”. (Contrato N° 34)

2. **“Hecho No- 7.-** FIDUAGRARIA incumplió el Contrato N° 58 de 1994 al no ejecutar sus labores asesoras con criterios de profesionalismo y prudencia, tal como lo exigían el objeto y finalidad del contrato, la naturaleza de sus funciones, y los términos de su propuesta especialmente”.

**“Hecho No.- 22.-** FIDUAGRARIA incumplió ambos contratos, tanto el No. 66 de 1995, como el No. 34 de 1996, al no ejecutar sus labores asesoras con criterios de profesionalismo y prudencia, tal y como lo exigían el objeto y la finalidad de los contratos, la naturaleza de sus funciones y los términos de sus propuestas especialmente”.

Estos incumplimientos se refieren a las siguientes estipulaciones:

Contrato N° 58: cláusula 8 numerales 10, 11 y 22 (el segundo numeral 22)<sup>3</sup>

Contrato N° 66: cláusula 8 numerales 7, 8 y 22.

Contrato N° 34: cláusula 8 numerales 7, 8 y 22.

“CLAUSULA OCTAVA:...10) y 7) Poner a disposición del FIDEICOMITENTE toda su experiencia, conocimientos, medios técnicos, logísticos e institucionales”.

---

<sup>3</sup> Se hace referencia al segundo numeral 22 que aparece en la Cláusula Octava del Contrato 58, en razón de que aparentemente al redactar esta Cláusula se incurrió en el error de poner dos veces el numeral 22.

“CLAUSULA OCTAVA:...11) y 8) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad del presente encargo”.

“CLAUSULA OCTAVA:...22) En términos generales, LA FIDUCIARIA se obliga a dar cumplimiento a todos los servicios ofrecidos en su propuesta, la cual forma parte integrante de este contrato”.

3. y 4. “**Hecho No- 8.-** FIDUAGRARIA incumplió el Contrato N° 58 de 1994 por haber actuado al margen del reglamento que prevé el mismo contrato y de las normas que regulan su actividad de empresa de servicios financieros, para la decisión de las **Inversiones Temporales** que debía efectuar con los dineros entregados por el INURBE y, especialmente, al haber actuado sin contar con la Junta Administradora prevista en el mismo contrato”.

“**Hecho No.- 23.-** FIDUAGRARIA incumplió ambos contratos, tanto el No. 66 de 1995, como el No. 34 de 1996, por haber actuado al margen del reglamento que prevén los mismos contratos y las normas que regulan su actividad de empresa de servicios financieros, para la decisión de las **Inversiones Temporales** que debía efectuar con los dineros entregados por el INURBE y, especialmente, al haber actuado sin contar con la Junta Administradora prevista en ambos contratos”.

Estos incumplimientos se refieren a las siguientes estipulaciones:

Contrato N° 58: cláusula 8 numerales 1, 2 y 22 (el segundo numeral 22).

Contrato N° 66: cláusula 8 numerales 1, 2, y 20.

Contrato N° 34: cláusula 8 numerales 1, 2, y 20.

“CLAUSULA OCTAVA: 1) Invertir temporalmente los recursos que le sean entregados por EL FIDEICOMITENTE, con sujeción al régimen de inversiones que para el efecto establezca la Junta Administradora del Fideicomiso, con observancia de las disposiciones legales vigentes sobre la materia, atendiendo criterios de seguridad y rentabilidad. Estas inversiones se harán de acuerdo con la programación de pagos del Subsidio Familiar de Vivienda, y LA FIDUCIARIA velará por mantener los niveles de liquidez adecuados para atender los requerimientos de cobro de dicho Subsidio. 2) Las Inversiones Temporales a que se refiere el numeral precedente, se efectuarán únicamente de acuerdo a los intereses del FIDEICOMITENTE y la fiduciaria no podrá realizar triangulaciones, ni pactos para la realización de inversiones u operaciones que no consulten exclusivamente tales intereses. Por virtud del presente contrato, las normas vigentes o que lleguen a expedirse sobre conflictos de intereses aplicables a los Fondos Administradores de Pensiones y/o Cesantías, para realizar inversiones u operaciones, serán aplicables a la FIDUCIARIA”.

“CLAUSULA OCTAVA:...22) y 20) Recomendar a la Junta Administradora del fideicomiso, de acuerdo a su conocimiento específico sobre el manejo de las inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo”.

5. “**Hecho No- 9.-** FIDUAGRARIA incumplió EL CONTRATO 58 DE 1994 al efectuar **Inversiones Temporales** sin observar los criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez que le impone el contrato, hasta el punto de encontrarse los recursos destinados al pago de subsidios para la vivienda de interés social, colocados en una entidad intervenida y en estado de liquidación, no sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.”

“**Hecho No.- 24.-** FIDUAGRARIA incumplió ambos contratos, tanto el No. 66 de 1995, como el No. 34 de 1996, al efectuar **Inversiones Temporales** sin observar los criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez que le imponen ambos contratos, hasta el punto de encontrarse los recursos destinados al pago de subsidios para la vivienda de interés

social, colocados en una entidad intervenida y en estado de liquidación, no sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria”.

Estos incumplimientos se refieren a las siguientes estipulaciones ya transcritas:

Contrato N° 58: cláusula 8 numerales 1 y 2.

Contrato N° 66: cláusula 8 numerales 1 y 2.

Contrato N° 34: cláusula 8 numerales 1 y 2.

### **1.3 La Naturaleza Jurídica de los Contratos**

El INURBE celebró los contratos en cuestión, en desarrollo del artículo 12 de la ley 3ª de 1991 que lo autorizó a otorgar encargos de gestión para el cumplimiento de su objeto y el logro de sus fines.

La noción de encargo de gestión ha sido entendida, en particular por la Superintendencia Bancaria como propia de los Contratos Fiduciarios, llevados a cabo por sociedades fiduciarias autorizadas por el Estado, mediante los cuales se les encomienda “la realización de ciertas diligencias con el objeto de conseguir un resultado; cual es el desarrollo del objeto del Instituto y el cumplimiento de las funciones asignadas por la ley...”<sup>4</sup>.

Ahora bien, el Contrato N° 58 de 1994, fue denominado como de “Encargo Fiduciario”, “para la administración, inversión y pago de recursos del subsidio familiar de vivienda....”

El Contrato N° 66 de 1995, fue rotulado como “Contrato de Fiducia Pública” “para la administración y pago de los recursos del subsidio familiar de vivienda...”

Finalmente, el Contrato N° 34 de 1996 también fue denominado como de “Fiducia Pública” “para la Administración y pago de los recursos del subsidio familiar de vivienda...”

Así las cosas, se advierten dos diferencias iniciales entre el primer contrato señalado - el 58 de 1994- y los dos últimos mencionados, esto es, el 66 de 1995 y el 34 de 1996. En efecto aquel se calificó como de Encargo Fiduciario y estos como Fiducia Pública.

Adicionalmente, el primero tenía como objeto la administración, inversión y pago del subsidio, en tanto que en los dos últimos no se menciona en su título la inversión de los recursos.

#### **1.3.1 Distinción entre Encargo Fiduciario y Fiducia Pública**

Los dos negocios jurídicos indicados -Encargo Fiduciario y Fiducia Pública- han sido mencionados por diversas disposiciones legales y reglamentarias, pero sin que el legislador haya regulado propiamente los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que de ellos se derivan. De manera que están contemplados en el ordenamiento, pero sin que pueda hablarse de contratos típicos pues su régimen no ha sido definido ni establecido por la ley, manteniéndose como contratos atípicos, desde el punto de vista del derecho positivo, pero con un creciente reconocimiento y utilización en el tráfico negocial, es decir, con tipicidad social.

En efecto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), así como la ley 80 de 1993, se refieren a los Encargos Fiduciarios y esta última ley también menciona la Fiducia Pública.

---

<sup>4</sup> Superbancaria. Concepto N° Rad. 91067199-1 del 6 de Diciembre de 1991.

En cuanto al Encargo Fiduciario se trata de un negocio jurídico para cuya celebración y ejecución están específicamente autorizadas las sociedades fiduciarias, cuando quiera que tenga por objeto “la realización de inversiones o la administración de bienes”, según las voces del artículo 29 del E.O.S.F.

Respecto de la normatividad que gobierna los Encargos Fiduciarios, el numeral 1 del artículo 146 del mismo Estatuto Orgánico dispone: “Normas aplicables a los Encargos Fiduciarios. En relación con los Encargos Fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el Contrato de Fiducia Mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el Contrato de Mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente estatuto”.

Así mismo, la ley 80 de 1993 -Estatuto General de Contratación de la Administración Pública- en el numeral 5 del artículo 32, como en su Decreto Reglamentario 679 de 1994, en los artículo 22 y 23, mencionan los Encargos Fiduciarios y la Fiducia Pública como negocios jurídicos aparentemente distintos.

Esto es así por cuanto, el N° 5 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 dispone: Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública: “Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren (...)”

“Los encargos fiduciarios y los contratos de Fiducia Pública solo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la Fiducia Pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados”.

“(...) La selección de la sociedad fiduciaria a contratar sea pública o privada se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley-

“Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de Fiducia Pública o Encargo Fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente”.

“(...) La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la Fiducia Pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”.

La Superintendencia Bancaria, que ejerce control y vigilancia sobre las sociedades fiduciarias, expidió, en ejercicio de esas funciones, la Circular Básica Jurídica N° 007 de 1996 en la que se refiere, en el Capítulo Primero del título V, a los negocios fiduciarios, así:

“1.1 Concepto de Negocios Fiduciarios. Para los efectos de esta circular, se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndoles o no la propiedad de los mismos, con el objeto de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

“Si hay transferencia de propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentables con apoyo en las normas del mandato, en los cuales sólo existe la mera entrega de los bienes”.

En cuanto a la Fiducia Pública ha sido la jurisprudencia la encargada de precisar su alcance y contenido, tal como ocurrió en la Sentencia de la Corte Constitucional, C86 del 1º de marzo de 1995 en la que se dijo:

“Modalidad de contrato de fiducia mercantil consagrado en la Ley 80. Ahora bien, la Ley 80 de 1993 introdujo en el numeral 5º del artículo 32, una regulación específica de una serie de negocios jurídicos denominados “encargos fiduciarios y Fiducia Pública”. Sin entrar a definirlos, señaló que dichos contratos de Fiducia Pública sólo podrán ser celebrados previa autorización de la ley, la ordenanza o del acuerdo, según el caso. De igual forma, determinó que los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán únicamente por objeto la administración y manejo de recursos vinculados a contratos que tales entidades celebren. Así mismo, como se advirtió, esa normatividad prohibió pactar la remuneración con cargo a rendimientos del fideicomiso, así como la posibilidad de delegar en las sociedades fiduciarias (la adjudicación de) los contratos que las entidades estatales celebren. No sobra reiterar que la Ley 80 estableció también que la escogencia de la sociedad fiduciaria debería hacerse por licitación o concurso y que ese contrato de fiducia “nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo de la respectiva entidad oficial”.

“Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley, donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado “Fiducia Pública”, el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un Encargo Fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, “en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”. Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de Fiducia Pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de Fiducia Pública en los términos del numeral 5º del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993”

También el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la naturaleza de la Fiducia Pública, según se aprecia en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 4 de marzo de 1998, de la cual son los siguientes apartes:

“Una interpretación armónica de las normas de la Ley 80 sobre el tema conduce a establecer dos modalidades de negocio fiduciario que pueden contratar las entidades estatales a saber:

“a) Los encargos fiduciarios, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos. La Ley 80 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren (artículo 32-5 Inc. 3), el cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos



fiduciarios (artículo 24-1 letra L) y con aquellas que establecen que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria (art. 25-20)

“b) La Fiducia Pública, la cual constituye una nueva figura jurídica, creada por la Ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia se diferencia en varios elementos esenciales de la tradicional fiducia mercantil.

“En efecto, por regla general la llamada Fiducia Pública no implica transferencia del dominio sobre los bienes o recursos estatales ni constituye tampoco patrimonio autónomo, distinto de la entidad estatal (art. 32-5 Inc. 8); de manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2 inciso 2, la constitución de patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales.

“Además, hay dos particularidades que contiene la Ley 80, que son aplicables tanto al Encargo Fiduciario como a la llamada Fiducia Pública y consisten en que la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la Fiducia Pública, tienen como sujeto contratante a las entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se pueden delegar a las sociedades fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que estos se encuentren presupuestados artículo 32-5 inciso 3 (...).

“Estas características hacen que el tipo de contrato que regula la ley mencionada, sea diferente del contrato de fiducia mercantil establecido en el Código de Comercio y por tanto, constituye un contrato nuevo que se aplica para las entidades estatales, sin que signifique que haya modificado la fiducia mercantil, pues esta permanece igual, fiel a sus postulados tradicionales, ya que la Ley 80 de 1993 no entró a modificar el Código de Comercio.

“El punto que desconcierta es que se haya denominado fiducia a este tipo de contrato que se asimila más al Encargo Fiduciario por la no transferencia de propiedad, pero ello está dentro de la potestad del legislador de crear nuevas formas contractuales, así sea variando elementos esenciales de contratos conocidos o llamándolos con los nombres de estos.

“(…) No obstante lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto el inciso primero del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 aunque declarada inexecutable, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias: la Fiducia Pública y el Encargo Fiduciario (…) Por consiguiente no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la Ley 80 sino al revés, la Fiducia Pública con aplicación de las compatibles en el Código de Comercio” (Subrayas fuera del texto)

De acuerdo con las disposiciones transcritas y con las decisiones jurisprudenciales señaladas, es clara la diferencia entre los negocios fiduciarios estatales (Encargo y Fiducia Pública) y la Fiducia Mercantil regulada por el Código de Comercio, pues la nota característica de esta última es la transferencia de dominio de los bienes fideicomitidos, para conformar un patrimonio autónomo, efecto que no pueden producir aquellos por expresa prohibición legal.

En cambio, no son nítidos los criterios de distinción entre el Encargo Fiduciario y la Fiducia Pública, pues las normas que antes se relacionan realzan más bien los aspectos coincidentes y no mencionan diferencias. La jurisprudencia y el concepto que se han traído a colación tampoco puntualizan los puntos divergentes, limitándose la Corte Constitucional a señalar que la Fiducia Pública es “un contrato autónomo e independiente, más parecido a un Encargo Fiduciario...” y la Sala de Consulta del Consejo de Estado reiteró que este tipo de contrato “se asimila más al Encargo Fiduciario...”

La única distinción que podría advertirse es la relativa al origen y/o destino de los bienes objeto de uno y otro contrato y a los servicios a cargo de la Fiduciaria, pues la Ley 80 de 1993 restringió el objeto de los encargos fiduciarios a la administración y manejo de los recursos vinculados a los contratos que la entidad estatal en cuestión celebre (Segundo Inciso del N° 5 del art. 32), idea que se reitera con la posibilidad de acudir a esta clase de encargos para la administración de los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales (N° 20 del art. 25), obligaciones tales como aquellas que se desprenden de los contratos celebrados para la prestación de servicios de salud.

En resumen, se llamaría Encargo Fiduciario al contrato celebrado por una entidad estatal para la administración y manejo de los recursos relacionados con otros contratos que formalice la entidad. De otra parte, a la Fiducia Pública podrían ir otra clase de bienes o recursos, por ejemplo los dineros provenientes del presupuesto nacional, no vinculados a un contrato de la entidad receptora de los mismos. Y en esta hipótesis las prestaciones de la Fiduciaria podrían ir más allá de la administración y manejo de dineros, pues podrían ocuparse, por ejemplo, de la operación o gestión comercial de bienes de la entidad estatal, verbi gracia, medios de transporte o plantas industriales.

Con base en este criterio de diferenciación, los contratos objeto del presente debate tienen la naturaleza de fiducias públicas, pues versan sobre dineros no relacionados con contratos suscritos por el INURBE, toda vez que los recursos para el pago de los subsidios de vivienda provienen del presupuesto nacional y la cancelación de los subsidios a los beneficiarios no es una obligación de origen contractual a cargo del estado, sino el cumplimiento del gasto social a que está comprometido.

### 1.3.2 Unicidad de Régimen

En todo caso, el régimen de responsabilidad y la normatividad aplicables al Encargo Fiduciario y a la Fiducia Pública son en principio los mismos, con los necesarios ajustes que demanden la naturaleza de los bienes entregados al Fiduciario y el alcance de los servicios a que éste se comprometa.

Dicha normatividad está conformada por las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios; por las normas del Código de Comercio sobre Fiducia Mercantil y Mandato, en lo que no pugnen con los aspectos especiales de los negocios fiduciarios estatales, y por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, junto con los actos administrativos de carácter general que expidan las autoridades que ejercen control y vigilancia sobre las sociedades fiduciarias.

De esa normatividad se desprenden los rasgos característicos y comunes a los dos negocios: Encargo Fiduciario y Fiducia Pública, como son:

a) No conllevan la transferencia de dominio sobre bienes, y, por tanto, no se conforma patrimonio autónomo. En consecuencia, la entidad estatal conserva la propiedad de los bienes entregados a la Fiduciaria, de suerte que aquella sigue asumiendo los riesgos inherentes a la propiedad "*res perit domino*". Así mismo, en cuanto la Fiduciaria entregue los bienes recibidos a terceros, obligándose estos a restituirlos, la entidad pública -como dueña de los mismos- asume los riesgos del incumplimiento o de la insolvencia de esos terceros, o de su pérdida en manos de éstos -*res perit creditori*. Es claro, sin embargo, que si la Fiduciaria incumple las prestaciones a su cargo y si como consecuencia directa de dicho incumplimiento la entidad estatal sufre perjuicios, aquella deberá indemnizarla. Se distinguen entonces, de una parte, los riesgos que ha de afrontar el dueño de las cosas por el hecho de serlo y, de otra, la responsabilidad que pueda caberle a quien administra tales cosas, por inobservancia de sus obligaciones.

b) Adicionalmente, al no existir transferencia del dominio, ni patrimonio autónomo, no puede hablarse de bienes fideicomitidos, ni pueden aplicarse a los negocios fiduciarios estatales las normas del Código de Comercio que se refieren a tales bienes, puesto que éstos son, precisamente, los enajenados por el fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo o de afectación.

c) Al no haber transferencia del derecho de propiedad, las prestaciones del fiduciario son principalmente de manejo y administración, vale decir, de gestión por cuenta o en beneficio del dueño de los bienes, prestaciones estas que han de gobernarse, en principio, por las disposiciones del mandato, sin prescindir de las de la Fiducia Mercantil, en cuanto no sean incompatibles con las particularidades de los negocios fiduciarios estatales.

d) La adjudicación de los contratos que deban celebrarse con terceros en desarrollo de los negocios fiduciarios estatales, es una función privativa de la entidad pública, de manera que es a ésta a la que compete, en últimas, tomar la decisión correspondiente, lo que quiere decir que a este respecto las tareas a cargo del Fiduciario consistirán en suministrar información, y en dar consejo, si estuviere obligado a esta prestación, con el propósito de que la entidad pública cuente con los elementos de juicio para adoptar una adecuada determinación. Hecha la adjudicación, el Fiduciario podrá celebrar el contrato, en nombre y por cuenta de la entidad estatal, con el tercero que haya resultado escogido, toda vez que, como lo señaló el Consejo de Estado, dichos contratos han de tener como sujeto contratante a las entidades públicas fideicomitentes<sup>5</sup>.

A este respecto el artículo 23 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, permite a las entidades estatales “encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso”

### 1.3.3 La Obligación de hacer Inversiones Temporales

De otra parte, como antes se indicó, en el Contrato N° 58 de 1994 se señala que su objeto es el de “administración, inversión y pago” de los subsidios, mientras que en los otros dos contratos no se hace alusión en su objeto a la “inversión” de los recursos.

No obstante lo anterior, en los Contratos N° 66 de 1995 y 34 de 1996 también se previó que la Fiduciaria haría Inversiones Temporales de los recursos disponibles (Cláusula 8ª de ambos contratos), mientras los beneficiarios de los subsidios cumplían los requisitos para obtener el pago de los mismos.

En su alegato de conclusión el INURBE sostiene que los contratos a que nos referimos deben calificarse como Fiducia de Administración y no de Inversión, pues entiende que a esa clase de contratos se refirieron los pliegos de condiciones preparados por el mencionado Instituto, así como las propuestas presentadas por la Fiduciaria, la que para obtener la adjudicación de los negocios, habría acreditado como experiencia similar la ejecución en el pasado de otras Fiducias de Administración.

Agrega el convocante: “Es cierto que todos los contratos implicaban Inversiones Temporales, sometidas a condiciones, requisitos y trámites claramente previstos en los contratos, pero esas inversiones no podían implicar riesgo alguno para la finalidad de los contratos que era, precisamente, el pago de los subsidios...”

“... lo menos protagónico en esos contratos eran las Inversiones Temporales en terceros tomadores de aquellos recursos. Lo era sí, el pago de los subsidios y la preservación de esos recursos para ese cometido estatal...”

---

<sup>5</sup> Providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 4 de marzo de 1998.

“Si se reparan las obligaciones a cargo de FIDUAGRARIA se observa que son típicos actos de administración, de los que describe el artículo 2158 del C.C. (administración del mandato)...”

“En conclusión, las Inversiones Temporales, regladas, sometidas a unos requisitos estrictos, estaban concebidas así, dentro de unos contratos fiduciarios de administración, para que no se pusiera en peligro la finalidad de esos mismos contratos, esto es, para que no se frustrara el pago de los subsidios ya asignados...”

Ahora bien, la consecuencia que, de acuerdo con los planteamientos del convocante, se desprendería del régimen de la fiducia de administración -a diferencia del de la Fiducia de Inversión- sería que en aquella le estaría permitido al Fiduciario estipular a su cargo obligaciones de resultado y por tanto asumir determinados riesgos, mientras que en esta el Fiduciario solo puede ser deudor de obligaciones de medio, lo que significa que el álea inherente a las inversiones o colocaciones de dineros ha de afrontarlas en su integridad el fideicomitente, como dueño que es de los recursos manejados por la sociedad fiduciaria.

Se entiende por fideicomiso de administración aquel en el cual “se entregan bienes a una institución fiduciaria ... para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada (Circular 67 de 1996 numeral 2.9 Lit. c.)

De otra parte, según el E.O.S.F. existe fiducia de inversión cuando en el contrato se establece la prestación de “invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente o con lo previsto en el presente Estatuto” (art. 29-2).

De otra parte, cabe señalar que el E.O.S.F., en el artículo 29 N° 3, contiene una prohibición general aplicable a los contratos de las sociedades fiduciarias, por cuanto “los encargos y contratos fiduciarios que celebren ... no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley...”.

La norma anterior se complementa con la contenida en el N° 5 del artículo 151 del mismo E.O.S.F., el cual dispone: “Normas comunes a los Fideicomisos de Inversión ... 5. Alcance de las Obligaciones del Fiduciario. Dentro de los contratos mediante los cuales se vincule a los constituyentes o adherentes con los fondos o proyectos específicos de inversión deberá destacarse la circunstancia de que las obligaciones que asume el Fiduciario tienen el carácter de obligaciones de medio y no de resultado.

En consecuencia, las sociedades fiduciarias se abstendrán de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para los recursos recibidos, así como asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos”.

Las normas transcritas permiten concluir que en la Fiducia de Inversión el Fiduciario no puede tomar posición propia, ni garantizar el resultado, de manera que los riesgos son del constituyente.

La doctrina ha precisado que la señalada prohibición general del N° 3 del artículo 29 del E.O.S.F. tiene un alcance excesivo, pues según el contenido de las prestaciones, en un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de medio y de resultado<sup>6</sup>. Es así como se explica que las obligaciones principales o de gestión -tales como la administración de los bienes, la adecuada inversión de valores y la obtención del mayor rendimiento, por ejemplo- son obligaciones de medio, mientras que otras prestaciones, consideradas

---

<sup>6</sup> Javier Tamayo J. La Responsabilidad Civil del Fiduciario, en Negocios Internacionales. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p.43.

como instrumentales y complementarias -verbigracia la separación patrimonial, o la rendición de cuentas- son obligaciones de resultado<sup>7</sup>.

Es por ello que los comentaristas afirman que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero incurrió en un error, pues la prohibición para el fiduciario de contraer obligaciones de resultado, sólo era procedente para los fideicomisos de inversión, pero no para los demás negocios fiduciarios, en los cuales el Fiduciario podría estipular a su cargo obligaciones de resultado, no meramente accesorias o instrumentales, sino obligaciones principales y fundamentales<sup>8</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento se dice, entonces, que la Fiducia de Administración es un campo abonado para la estipulación de obligaciones de resultado, por cuanto en esta, por ejemplo, “una entidad pública o privada transfiere unos fondos al fiduciario para que, a ciertos plazos o al cumplimiento de una determinada condición, proceda a hacer un pago”<sup>9</sup>.

Con apoyo en esta interpretación, el INURBE alega que en los contratos que se analizan FIDUAGRARIA asumió dos obligaciones de resultado, vale decir, la de pagar los subsidios y la de restituir, íntegramente, los recursos que le fueron entregados en administración, afirmación que se apoya en la doctrina que sostiene que la obligación de restitución es de resultado<sup>10</sup>.

Sin embargo, en el ejemplo propuesto en la transcripción anterior, se plasma una clara obligación de resultado, pues la prestación a cargo del Fiduciario está desprovista de todo elemento aleatorio o de incertidumbre, pues recibe unos dineros y con ellos debe hacer un pago. Así las cosas, la realización de esa tarea, o el logro de tal meta, es algo que normalmente ha de esperarse del Fiduciario, pues no excede lo que razonablemente puede exigírsele al deudor.

Con todo, esa seguridad y esa certeza no se presentan en los contratos que se analizan, pues si bien el Fiduciario recibía unos recursos que debía destinar al pago de los subsidios de vivienda, también es cierto que en una fase intermedia debía invertirlos temporalmente, para que no permanecieran ociosos y es en esa fase intermedia donde aparecen los aspectos aleatorios y de incertidumbre inherentes a toda inversión o colocación de recursos.

A este respecto, los tres contratos preveían como obligación de la convocada la de “invertir temporalmente los recursos que le sean entregados por el Fideicomitente, con sujeción al régimen de inversiones que para el efecto establezca la Junta Administradora del Fideicomiso, con observancia de las disposiciones legales vigentes sobre la materia, atendiendo criterios de seguridad y rentabilidad. Estas inversiones se harán de acuerdo con la programación de pagos del subsidio... y la Fiduciaria velará por mantener los niveles de liquidez adecuados para atender los requerimientos de cobro de dicho subsidio” (Cláusula Octava, N° 1 del Contrato N° 58 de 1994).

Por su parte los Contratos N° 66 de 1995 y 34 de 1996, consagraron la mencionada obligación en los siguientes términos:

“invertir temporalmente los recursos que le sean entregados por el Fideicomitente, en Corporaciones de Ahorro y Vivienda, bancos o establecimientos de crédito que financien vivienda de interés social. Así mismo, realizarán inversiones que les sean ordenadas por el fideicomitente a través de la Junta Administradora del Fideicomiso, con sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia y atendiendo criterios de seguridad y rentabilidad. Estas inversiones se harán de

<sup>7</sup> Juan Carlos Varón Palomino. Portafolios de Inversión. La Norma y el Negocio. De. Asociación de Fiduciarias y Universidad de los Andes, 1994, pág. 82.

<sup>8</sup> Sergio Rodríguez Azuero. La Responsabilidad del Fiduciario. Ediciones Rosaristas, 1997, pág. 41.

<sup>9</sup> Sergio Rodríguez Azuero. op. cit. pág. 43.

<sup>10</sup> J. Tamayo J. op. cit. pág. 338.

acuerdo con la programación de pagos del subsidio... y la Fiduciaria velará por mantener los niveles de liquidez adecuados para atender los requerimientos de cobro de dicho subsidio” (Cláusula Octava N° 1 de ambos contratos).

Como puede apreciarse, en todos los contratos se estableció la obligación de la Fiduciaria de realizar -dentro de determinados marcos de acción- Inversiones Temporales, que es la característica esencial o diferencia específica de la Fiducia de Inversión. Así las cosas, aún si los negocios fiduciarios estatales que se analizan pudieran calificarse -en virtud de las demás obligaciones que de ellos emanan- como fiducias de administración, no cabe duda que en ellos habría quedado incorporado un elemento propio de otro contrato fiduciario típico, como es la fiducia de inversión, dando así lugar a un contrato mixto.

Se dice que cuando las partes combinan elementos en un negocio jurídico, fundiendo prestaciones de diversos tipos contractuales en un contrato único, este resulta ser atípico, lo que exige determinar la normatividad que le es aplicable. Estos contratos han sido llamados por la doctrina “complejos” o “mixtos”. La unicidad de este tipo de contratos depende del hecho de que las partes lo han querido como unitario, lo que, según la jurisprudencia, es una cuestión de hecho que en cada caso se debe apreciar.

En el caso sub examine se advierte la voluntad de los contratantes de mezclar en un único negocio jurídico elementos propios de la fiducia de administración y de la fiducia de inversión. Se presenta, entonces, la yuxtaposición de prestaciones provenientes de contratos legalmente o socialmente típicos, dando lugar a un contrato mixto o complejo en el cual se presenta, como el nombre lo indica, una combinación de elementos extraídos de distintos contratos nominados (legal o socialmente), dentro de un contrato diferente y obviamente atípico.

De ahí que se discuta si, para determinar el régimen que le es aplicable, debe acudirse al contrato que dentro de la combinación de elementos se presenta como determinante, (teoría de la absorción), o si se deben yuxtaponer las reglas relativas a los varios elementos, es decir aquellas de los respectivos contratos típicos que intervienen (teoría de la combinación). Numerosos autores consideran que en los contratos mixtos, en los cuales se insertan elementos típicos de varias figuras contractuales, nada impide que pueda darse aplicación a la normatividad inherente a cada uno de ellos, según el caso, lo que coincide con la teoría de la combinación. Finalmente, en ocasiones debe acudirse a las normas del contrato típico más afín (teoría de la aplicación analógica)<sup>11</sup>.

Estas teorías tienen defensores y detractores que realzan lo bueno de cada una o subrayan sus defectos. Sin embargo, de acuerdo con cada caso específico, todas ellas independientemente, o combinadas entre sí, pueden servir para despejar las dudas sobre el régimen aplicable.

Ahora bien, la teoría de la absorción, es decir, aquella en que se aplica a todo el contrato el régimen de la prestación o del elemento prevalente ..., no puede acogerse en su integridad, pues en rigor con ello desaparecería el contrato mixto. Pero sí serviría, por ejemplo, para determinar la preceptiva aplicable a un aspecto que corresponda o interese al contrato en su totalidad, y no a una función específica de uno de los elementos que lo conforman.

La teoría de la combinación, por su parte, presenta notorias ventajas, pues se adecúa mejor a la naturaleza real del contrato mixto, permitiendo que cada elemento o prestación sea regulado por las disposiciones del contrato legal o socialmente típico del cual proviene.

Finalmente, la teoría de la aplicación analógica, que se funda en una concepción del contrato mismo como innominado, hace que a estos contratos le sean aplicables las

---

<sup>11</sup> R. Scognamiglio. Teoría General del Contrato. Pág. 187 y ss.

reglas generales sobre contratos y la disciplina esencial del contrato tipo más afín con el mixto.<sup>12</sup>

Con la aplicación de la teoría de la combinación, que para el Tribunal es la que ha de observarse en este caso, se tiene que la obligación de llevar a cabo Inversiones Temporales -cuya ejecución ha dado lugar a las diferencias que se debaten en este proceso- debe gobernarse por las normas propias de la fiducia de inversión, en particular las regulaciones que le impiden al Fiduciario tomar posición propia, asumir obligaciones de resultado y garantizar el rendimiento de las colocaciones, regulaciones éstas de carácter imperativo, pues en ellas está envuelto el interés general, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no exige a las sociedades fiduciarias el cumplimiento de determinados índices patrimoniales, o una relación preestablecida entre el patrimonio y el pasivo para con el público -como suele requerirse de las entidades financieras- para asumir frente a sus clientes riesgos que son propios de obligaciones de resultado, como por ejemplo garantizar el pago de una tasa de interés fija. Al carecer de esos mínimos patrimoniales, es apenas natural que los fiduciarios no puedan tomar posición propia, ni aceptar compromisos en firme en cuanto al resultado de las colocaciones, pues ello pondría en peligro los dineros de los demás fideicomitentes, con la consecuente inseguridad que así generarían estas operaciones fiduciarias. Por ende, en la fiducia de inversión el fiduciario actúa por cuenta y en beneficio de su cliente, quien afronta los riesgos de las inversiones.

En consecuencia, la mencionada normatividad imperativa debe acompañar a las tareas de inversión que asuman las compañías fiduciarias, en cualquier clase de contratos que estas celebren, pues de lo contrario bastaría con verter tales obligaciones en contratos de fiducia distintos de los de inversión, para escapar al régimen obligatorio a que está sometida esta última.

Esta interpretación concuerda, por lo demás, con lo previsto en el artículo 29-2 del E.O.S.F., el cual precisa que existe fiducia de inversión no solamente en aquellos negocios fiduciarios en que la inversión sea la finalidad principal, sino también cuando esté contemplada como una mera posibilidad, esto es, como una prestación accesoria.

Así, pues, las prestaciones asumidas por FIDUAGRARIA respecto de la inversión temporal de los recursos del subsidio son propias del Fideicomiso de Inversión, el cual no contraviene las disposiciones especiales de los negocios fiduciarios estatales, pues aquel puede cristalizarse mediante un contrato de fiducia mercantil o a través de un encargo fiduciario, hipótesis esta última en la cual no se presenta transferencia del derecho de propiedad ni constitución de patrimonio autónomo (Circular N° 07 de 1996 N° 2.9, Lit. a.).

Adicionalmente, en los contratos que se analizan se observó, a juicio del Tribunal, la exigencia contemplada en el artículo 151-3 del E.O.S.F., a cuyo tenor, en el fideicomiso de inversión el constituyente debe señalar de “manera inequívoca”, la destinación específica de los recursos, es decir, los bienes o actividades puntuales en los cuales deben hacerse las inversiones, o las personas o entidades receptoras de las mismas, así como las condiciones en que deben llevarse a cabo las colocaciones, en el entendido que son necesarias esas instrucciones impartidas por el Fideicomitente o adherente, por cuanto las Fiduciarias “no están facultadas para establecer unilateralmente la destinación de los recursos entregados” (Circular N° 07/96 de la Superintendencia Bancaria - Título Quinto, Capítulo Primero N° 2.9), que coincide con la norma imperativa contenida en el artículo 32 N° 5 de la Ley 80 de 1993, la cual prohíbe a las entidades estatales fideicomitentes delegar en las fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo de la Fiducia Pública. Esto significa que los contratos de depósito a término perfeccionados para la obtención de CDAT(s) expedidos por entidades financieras o cooperativas -que eran precisamente los contratos que debían celebrarse para la debida ejecución del fideicomiso de

<sup>12</sup> Jorge Suescún Melo, Derecho Privado. Trabajo N° 2. T. II. pág. 410 y ss.

inversión- tenían que ser adjudicados por el INURBE, lo que quiere decir que a éste le correspondía determinar las entidades depositarias.<sup>13</sup>

Lo anterior lleva al Tribunal a afirmar que las obligaciones relativas a las Inversiones Temporales que debía hacer FIDUAGRARIA, de acuerdo con los tres contratos, tienen el carácter de obligaciones de medio, y que la convocada no podía asumir el compromiso de garantizar su resultado.

#### 1.4 El Régimen de Responsabilidad del Fiduciario

En cuanto a la determinación de los criterios que en este proceso deben confluir a conformar el marco de la responsabilidad del fiduciario, la parte convocante, en su alegato de conclusión, a más de señalar que se trata de un caso de responsabilidad contractual, plantea diversos argumentos enderezados a demostrar que, de acuerdo con los propósitos de los contratos, así como con la normatividad que les es aplicable y con su clausulado, el régimen a que está sujeta FIDUAGRARIA tiene notables particularidades, que se sintetizan así:

Para el cumplimiento de sus funciones administrativas y sus finés o cometidos estatales, el INURBE celebró los tres contratos, cuyo propósito esencial era el pago de los subsidios de vivienda. En virtud de dichos contratos la Fiduciaria se convirtió en colaboradora o copartícipe de la administración para la consecución de los mencionados fines públicos, mediante los cuales se busca la satisfacción de necesidades colectivas. Tal carácter de colaboradora coloca a FIDUAGRARIA como ejecutora directa de cometidos estatales.

De otra parte, el negocio fiduciario estatal (Encargo Fiduciario o Fiducia Pública) constituye un negocio de sustitución, a través del cual la administración amplía su esfera jurídica de acción o su marco de gestión y de cumplimiento de los fines públicos, pues en esta clase de negocios el Contratista actúa por cuenta de la entidad estatal para el logro de ciertos efectos jurídicos propios de las funciones y fines de dicha entidad, lo que significa que delega en la Fiduciaria el ejercicio de su propia actividad,

---

<sup>13</sup> La expresión “adjudicar” según el Diccionario de la Real Academia significa, en su primera acepción, “declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho”. Y en su tercera acepción quiere decir. “en ciertas competiciones, obtener, ganar, conquistar”. Estas definiciones, aplicadas al régimen de contratación de las entidades estatales, permitirían concluir que “la adjudicación de los contratos que deban celebrarse en desarrollo de la Fiducia Pública”, hace referencia a aquellos contratos para cuya adjudicación sea necesario adelantar un procedimiento de licitación o concurso, pero no para los que puedan celebrarse directamente, esto es, sin proceso licitatorio, como es el caso de los depósitos a término en entidades financieras. De manera que, de ser correcta esta interpretación, las Fiduciarias podrían escoger las entidades depositarias y celebrar con ellas los correspondientes contratos de depósito para la obtención de CDAT(s).

Sin embargo, los términos enfáticos empleados por la Ley 80 -para los negocios fiduciarios estatales- como por el E.O.S.F. -para la Fiducia de Inversión- no respaldan esta interpretación más flexible, lo que lleva a concluir que las entidades públicas dueñas de los recursos deben determinar puntualmente las entidades receptoras de los recursos y los términos específicos de las colocaciones.

En efecto, el N° 5 del artículo 32 de la Ley 80 dispone que “en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública”. Por su parte, el artículo 151-3 del E.O.S.F. establece que el constituyente del fideicomiso de inversión debe determinar, de “manera inequívoca” los “bienes específicos” en que deben invertirse los recursos y las personas que hayan de recibirlos, así como las condiciones de la colocación y agrega que “en ningún caso la destinación de los recursos podrá ser establecida por la entidad fiduciaria o encontrarse preimpresa en los modelos de contrato que se empleen para el efecto”.

Los términos perentorios utilizados por las disposiciones mencionadas impedirían que el fideicomitente precise la entidad destinataria de la inversión de manera más o menos precisa con ciertos criterios guías o pautas de alguna concreción. Así por ejemplo, no sería suficiente que dijera quiero que se invierta en bonos a tres años de sociedades del sector textil, vigilados por la Superintendencia de Sociedades y con patrimonio neto superior a una determinada cantidad. Y no parece suficiente porque las normas transcritas exigen que el inversionista haga las determinaciones del caso de manera inequívoca.



de manera que ésta se obliga en los mismos términos de quienes asumen funciones públicas. Por tanto, el contratista particular, en virtud de la sustitución, desarrolla funciones administrativas y actúa en beneficio de intereses comunitarios.

En línea con esta interpretación se dice que como la Fiduciaria debía hacerse cargo de la gestión propia del INURBE y en tal sentido administrar, invertir y manejar dineros de origen público, quedaba obligada al cumplimiento de las disposiciones presupuestales y fiscales y sometida a las normas sobre interventoría y control, al igual que la entidad estatal contratante. De lo anterior se desprende que también es sujeto pasivo de las sanciones establecidas para quienes administran dineros públicos, sanciones estas de carácter penal y disciplinario que son aplicables, en principio, a los servidores públicos.

De la combinación de los anteriores criterios (de la finalidad o criterio teleológico; la colaboración y el negocio de sustitución) se infiere que el Fiduciario, simple y llanamente se coloca en la posición jurídica plena de la entidad estatal y por tanto atrae hacia sí o asume sus funciones, obligaciones, riesgos y se somete a la normatividad que le es aplicable a esta última, llegándose a decir, en consecuencia, que debe ser juzgada con los mismos parámetros de la responsabilidad estatal, esto es, con base en un esquema de responsabilidad objetiva, a partir del daño antijurídico, según lo previene el artículo 90 de la Constitución Nacional<sup>14</sup>. Así las cosas, con estos planteamientos se tiene la impresión que el INURBE al haberse desprendido de su función y de la gestión de sus actividades desapareció por completo de la escena, pues en su argumentación hace abstracción de sí mismo, de manera que el único papel protagonista que subsiste lo interpreta la Fiduciaria.

#### **1.4.1 La Colaboración y el Negocio de Sustitución**

Para el Tribunal, la noción de colaboración y el negocio de sustitución no pueden interpretarse en la forma excesiva que se plantea, pues el Fiduciario, en el caso que nos ocupa, no puede llegar hasta asumir los riesgos y la responsabilidad que le corresponden a la entidad pública, por cuanto cada contratante actúa dentro de la esfera jurídica que le es propia, asumiendo sus respectivas obligaciones, responsabilidades y riesgos.

En efecto, los contratos son medios para la distribución de riesgos y responsabilidades y en la contratación pública, como en la privada, cada parte mantiene los suyos.

Por lo demás, en el caso de la fiducia de inversión, como ya fue explicado, el Fiduciario no puede contraer obligaciones de resultado, ni tomar posición propia, ni asegurar los rendimientos de la operación; por tanto, es la entidad pública encargante la que debe afrontar los riesgos inherentes a la inversión, sin poder trasladarlos a su cocontratante, toda vez que aquella es la dueña de los recursos, lo que significa que ha de asumir las secuelas del eventual incumplimiento o de la insolvencia de la persona o entidad receptora de la inversión o la colocación. Esto, desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle al Fiduciario, de haber incumplido sus obligaciones relativas a la inversión, en cuyo caso deberá indemnizar a su cliente.

Es el incumplimiento del Fiduciario, en consecuencia, el factor que puede llevarlo a asumir todo o parte de los malos resultados de la colocación o de la inversión llevada a cabo. Si no hay incumplimiento los riesgos de la operación se mantienen en cabeza del dueño de los recursos, principio este que coincide con el derecho común, en el que es también el incumplimiento el elemento que tiene la virtualidad de trasladar los riesgos al deudor, tal como se aprecia, entre otros, en el artículo 1.604 del Código Civil, el que dispone que “el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora”. Lo mismo es reiterado por el artículo 1.607 de la misma obra, según el cual “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del

---

<sup>14</sup> Lo que reitera la idea de que el contratista sustituto asume los riesgos de la entidad estatal sustituida.

acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla". Igual idea se reproduce en los artículos 1.731 del Código Civil y 929 del Código de Comercio.

De otra parte, el principio de la preservación del equilibrio económico o de la ecuación financiera, propio de la contratación estatal, es un claro ejemplo de que la entidad pública conserva determinados riesgos -como dueña del negocio, de la obra o el servicio- sin poder trasladarlos al contratista, quien por el hecho de ser colaborador o sustituto de la entidad no los asume, pues no le corresponden. Por ello, en caso de cambio imprevisto de las condiciones, no imputable a ninguna de las partes, que haga más oneroso el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, la entidad pública debe resarcirlo, toda vez que se trata de un riesgo que ella debe afrontar. Por tanto, en el contrato administrativo cada cual conserva sus propios riesgos e incertidumbres, a menos, una vez más, que el contratista se coloque en situación de incumplimiento que le sea imputable.

A este respecto no sobra traer a colación la posición del Consejo de Estado en lo tocante a la asunción de riesgos en la contratación administrativa, la cual se aprecia en el siguiente aparte:

"La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente lo es la comunidad, viene a serlo pero por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes"<sup>15</sup>.

Las ideas anteriores tienen igual o mayor fuerza de convicción en el marco del negocio de sustitución, mediante el cual una persona actúa por cuenta o en beneficio de otra con el fin de lograr un efecto jurídico buscado por esta última, tal como sucede en el mandato, que es un negocio de sustitución por excelencia. Con todo, el sustituto, si obra dentro de las atribuciones conferidas por el sustituido y observa sus instrucciones, no compromete frente a él su responsabilidad, ni afecta su patrimonio, ni altera su posición jurídica, pues su actuación -a menos que incumpla sus prestaciones- no tiene repercusiones para él sino para el sustituido, en cabeza de quien se radican todos los efectos de la actividad de aquel, de manera que es el sustituido quien ha de asumir los riesgos inherentes a la gestión encomendada.

En este caso, además, la intensidad o el grado de la sustitución generada por los encargos otorgados al Fiduciario -en lo que respecta a las Inversiones Temporales- es tenue, pues se trata de un grado bajo o muy reducido, ya que en los tres contratos se le privó de la posibilidad de actuar autónomamente, o de decidir las colocaciones de acuerdo con su criterio discrecional, o con su sentido de la conveniencia y oportunidad, de manera que se le colocó dentro de un marco restringido de acción y determinación. En efecto, en el Contrato N° 58 de 1994 se le obligó a hacer las inversiones con sujeción al régimen que estableciera la Junta Administradora del Fideicomiso. Y en los Contratos N° 66 de 1995 y 34 de 1996 se le instruyó para que hiciera las colocaciones en ciertas entidades del sector financiero, o las que le ordenara el INURBE a través de la Junta Administradora. Este estrecho margen de maniobra concuerda, de otra parte, con las limitaciones establecidas en la Ley 80 de 1993, la cual prohíbe a los fiduciarios adjudicar los contratos que deban celebrarse en desarrollo de los negocios fiduciarios estatales, pues esta es una función exclusiva de las entidades públicas (art. 32 N° 5)

<sup>15</sup> Sentencia de la Sección Tercera del 9 de Mayo de 1996, Expediente N° 10.151.

Por tanto, dado el reducido campo de acción que se le reconoce a la Fiduciaria en relación con las Inversiones Temporales, se trata de una sustitución de baja intensidad, ya que “el sustituto no es entonces más que un instrumento intermediario, que presta al interesado una colaboración subordinada al declarar, u obrar materialmente, conforme a las instrucciones recibidas...”, de lo que la doctrina deduce que, al no gozar el sustituto de iniciativa, ni de libertad de decisión, el verdadero autor del negocio es el sustituido, pues es él quien delibera y determina, de manera que los efectos jurídicos correspondientes recaen exclusivamente sobre él<sup>16</sup>.

En cuanto a los demás aspectos del régimen de responsabilidad ha de decirse lo mismo, esto es, que a pesar de la colaboración y la sustitución el comportamiento contractual de las partes ha de evaluarse de acuerdo con las reglas propias de cada una, vale decir, dentro del esquema de responsabilidad que a cada cual le corresponde, sin que el contratista quede sumergido dentro del régimen de la entidad estatal, toda vez que aquel, como profesional que es, está sometido a una normatividad particular que debe observarse.

Por lo demás, si bien el artículo 90 de la Constitución Nacional establece como principio general la responsabilidad objetiva del Estado, dejando de lado la imputabilidad por dolo o culpa, para hacerla descansar en el daño antijurídico, no es menos cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado el alcance de la citada disposición, en lo relativo, precisamente, a las obligaciones de medio de los profesionales, respecto de las cuales expresó:

“Pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad solo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio”<sup>17</sup>.

Con base en esta interpretación del Consejo de Estado, la doctrina ha puntualizado que “no se puede afirmar en el derecho colombiano que a partir de la Constitución de 1991 la responsabilidad (estatal) se haya tornado exclusivamente en objetiva, y que por el contrario, en los eventos en los cuales se debata el incumplimiento de las obligaciones de medio la noción de falla del servicio adquiere una importancia tal, que si no se presenta, impide la declaratoria de responsabilidad”<sup>18</sup>.

Así, pues, aunque el Fiduciario, por el hecho de manejar dineros públicos, debe acatar los normas presupuestales y fiscales y someterse a las reglas sobre interventoría y control -y no obstante que puede ser sancionado con arreglo a las legislaciones penal y reglamentaria, en el supuesto de que en la administración de recursos estatales incurra en conductas tipificadas en tales legislaciones- es evidente que para efectos de deducirle responsabilidad civil no puede juzgársele de acuerdo con el régimen de la responsabilidad estatal, sino dentro del marco de su propio régimen, que no es otro que el de la responsabilidad profesional.

La noción de colaboración y la teoría de las finalidades son instrumentos de señalada utilidad en la contratación pública, pero no tienen la virtualidad de producir la asimilación completa de las dos partes contratantes, respecto de sus riesgos y responsabilidades, es decir, para aplicarle al contratista privado el régimen integral propio de la entidad estatal.

<sup>16</sup> Emilio Betti, Teoría General del Negocio Jurídico. 1959, pág. 421 y ss.

<sup>17</sup> Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera del 30 de julio de 1992.

<sup>18</sup> Juan Carlos Henao P. Reflexiones sobre el futuro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. pág. 431.

La colaboración en estricto sentido, es común a todo contrato, pues a través de este acto jurídico una parte busca la ayuda o el concurso de otra para lograr ciertos propósitos. Así, el padre de familia que contrata un profesor para que le dé clases a sus hijos, obtiene un colaborador para la tarea de formación de éstos; el asesor contratado por la Junta Directiva de una sociedad es un colaborador para el recto entendimiento de los problemas y para la adecuada adopción de decisiones. Y el abogado que defiende a un empresario, colabora con este en la preservación de sus bienes.

Lo que viene a darle a la colaboración un sentido especial en la contratación pública, es el criterio teleológico, esto es, las finalidades perseguidas, las cuales corresponden a cometidos estatales, que buscan satisfacer necesidades colectivas o atender intereses comunitarios. Este aspecto es el que ha de servir de guía para la interpretación del contrato y el que oriente a la entidad estatal en el ejercicio de su poder de dirección y control de la ejecución del contrato, que se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones, pues “a la Administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato”, toda vez que “una idea finalista ... preside todo su desarrollo”<sup>19</sup>.

En síntesis, las nociones señaladas no tienen el efecto de sustituir el régimen de responsabilidad profesional del Fiduciario, ni los riesgos de su actividad, por los que le corresponden a la entidad pública con arreglo a la normatividad especial que le es aplicable a ésta. Tampoco tienen la virtualidad de hacer desaparecer de la escena a la entidad estatal por cuanto “la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia. La competencia es irrenunciable ... y tiene que ser forzosamente ejercida por los órganos que la tienen atribuida como propia; el contrato no implica una renuncia a esa competencia, sino solo una colaboración privada en su cumplimiento”<sup>20</sup>.

#### **1.4.2 El Grado de Prudencia Exigible al Profesional**

Para el demandante, la responsabilidad aplicable a FIDUAGRARIA es una responsabilidad profesional, pero en su entender en este caso, y en razón de diversos criterios, la evaluación de la conducta del Fiduciario debe ser apreciada y calificada con un especial rigor.

Es así como el INURBE plantea que la convocada debía actuar con extraordinaria pericia, prudencia y diligencia y ubérrima buena fe dentro de los parámetros de un profesional, y que por haber recibido remuneración tenía una mayor responsabilidad.

Manifiesta también que como prestadora de servicios financieros está sometida al derecho bancario, el cual exige un especial grado de responsabilidad, precisando que en su opinión, el E.O.S.F. y la Circular Básica N° 007/96 exigen un extraordinario grado de pericia, diligencia, profesionalismo y prudencia.

Ese patrón estricto de conducta se eleva aún más, a juicio del INURBE, en virtud de los fines perseguidos y del origen público de los recursos manejados, lo que lo lleva a decir que FIDUAGRARIA tenía un marco reglado por la finalidad, que le exigía absoluta dedicación y particular prudencia. Y agrega que en razón del interés general que estaba envuelto y del cumplimiento de los cometidos estatales, la convocada está sujeta a una responsabilidad especial que va más allá de la diligencia profesional, ya que estaba llamada a mostrar un comportamiento verdaderamente ejemplar.

Así mismo, se reitera que por administrar dineros públicos se aumenta el grado de responsabilidad de la fiduciaria, puesto que debía observar un extraordinario grado de profesionalismo y cuidado.

<sup>19</sup> Eduardo García de Entería; Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, 1998, Vol. I. pág. 720 y ss.

<sup>20</sup> E. García de Entería y otro. op. cit. pág. 722.

Igualmente se argumenta que FIDUAGRARIA es también un ente estatal, pues es una sociedad de economía mixta, sujeta al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, de lo que se deduce que está sometida a una responsabilidad objetiva en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional.

Así, pues, como puede observarse en los planteamientos de la entidad convocante, se exige de FIDUAGRARIA, como profesional que es, un nivel especialmente elevado o riguroso de diligencia, cuidado y previsibilidad. No se indica, sin embargo, cuál es el punto de referencia o el patrón de conducta, o el modelo abstracto con el cual ha de compararse lo hecho o dejado de hacer por el deudor profesional, para deducir si estuvo a la altura, o no, de lo que de él se esperaba.

De otra parte, en el alegato de conclusión del INURBE se citan comentarios de la doctrina argentina, en los cuales se plantea la tesis de considerar a la responsabilidad profesional como una tercera clase de responsabilidad, distinta de la contractual y extracontractual, en la que se superaría la dicotomía entre obligaciones de medio y de resultado. Dentro de las características de este nuevo régimen, estaría la del sometimiento del profesional a una normativa reglamentaria técnica, de manera que, “sin llegarse a la gravedad de la responsabilidad objetiva, el profesional sería responsable aún cuando no hubiera actuado con culpa ni dolo, si no dio acabado cumplimiento a las reglas del arte en su actuación en el caso dado, motivo por el cual con solo probar el damnificado el incumplimiento de dicha normativa reglamentaria, sería acreedor del derecho a resarcimiento”<sup>21</sup>

A este esquema de pensamiento se acerca también la convocada, toda vez que arguye, en su alegato final, que la evaluación de lo realizado por el profesional debe hacerse con apoyo en “estándares exógenos al contrato y a las partes, como puede ser un protocolo técnico o científico, un manual de funciones homologado por un gremio, un manual profesional, una regla técnica emitida por el Estado, o en fin una regla objetiva, técnica, habilitante de la actividad a que se refiere el contrato a la que se puede remitir el Juzgador... para comparar lo que otros especialistas consideran que se debe hacer en un caso similar al que se juzga ...”

Puntualiza, sin embargo, que cuando el mismo contrato contiene las reglas de comportamiento a que debe sujetarse el profesional, el juez no puede hacer el análisis comparativo de la gestión del deudor con un modelo ideal o abstracto, ni con arreglo a las normas técnicas exógenas, pues ha de limitarse a aplicar las reglas contractuales.

Siguiendo esta línea de reflexión, FIDUAGRARIA arguye que los tres contratos que nos ocupan fijaron las normas de comportamiento del Fiduciario (las que están enmarcadas dentro de las disposiciones que gobiernan su actividad, emitidas por las entidades que ejercen control y vigilancia), privándolo de toda discrecionalidad, de suerte que, a su juicio, la evaluación que en este caso ha de efectuar el Tribunal ha de ser totalmente objetiva, con prescindencia de toda apreciación subjetiva que por su naturaleza conlleva inseguridad, lo que la mueve a proponer que se debe “juzgar cada vez menos contra parámetros ideales, que dependen de la convicción íntima del juez sobre lo que es un buen padre de familia o un buen hombre de negocios, y juzgar cada vez más con base en elementos objetivos, como son las mismas reglas del contrato y los reglamentos técnicos de entidades neutrales...”

Frente a estos planteamientos de las partes el Tribunal estima conveniente formular las apreciaciones siguientes:

#### **1.4.2.1 Responsabilidad Subjetiva**

---

<sup>21</sup> Adolfo Díaz y Pablo Aimó. Responsabilidad de los Bancos en el otorgamiento de créditos”. Citado por el INURBE en el alegato de conclusión.

La tesis de hacer derivar la responsabilidad profesional del mero incumplimiento de la norma técnica, significa establecer una responsabilidad objetiva, por cuanto el deudor puede ser obligado a resarcir los daños sufridos por el acreedor, aún si aquel no ha incurrido en culpa ni en dolo, es decir, a pesar de que dicho incumplimiento no le sea jurídicamente imputable.

Empero, esa responsabilidad objetiva no constituye la regla general en nuestro derecho, el cual exige, como principio, que exista un reproche a la conducta del deudor, o una valoración negativa de su comportamiento, lo que significa que se apoya en la noción de culpa. Por tanto, para dejar de lado este esquema básico, es menester que la ley establezca puntualmente los eventos de responsabilidad en los que se prescinde del elemento subjetivo<sup>22</sup>.

Es por esto que nuestra Jurisprudencia ha reiterado que “la culpa, tanto en materia contractual como delictual continua siendo la base para la responsabilidad civil”<sup>23</sup>.

El régimen general inspirado en la culpa, tiene, si se quiere, una mayor relevancia en materia de responsabilidad profesional, pues lo usual es que en estos casos se trate de contratos de prestación de servicios que generan, principalmente, obligaciones de medio, también denominadas de prudencia, en las que se exige del deudor un comportamiento precavido y acucioso para lograr un determinado fin que, sin embargo, no es garantizado por el obligado, pues su logro -en razón de su dificultad o de su carácter aleatorio- excede lo que razonablemente puede esperarse y exigirse del deudor.

La doctrina reitera, por tanto, que “generalmente, la naturaleza intrínseca de la prestación en la obligación profesional consiste en la utilización de un simple medio o bien en la observancia de la diligencia, prudencia y pericia que la ocasión reclame, con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor profesional...”<sup>24</sup>.

En el presente caso es indudable, por lo demás, que por disposiciones imperativas aplicables a la fiducia de inversión, FIDUAGRARIA solo podía asumir obligaciones de medio, en lo tocante a las Inversiones Temporales. Los contratos también se refieren a esta clase de obligaciones, pues obligaban a la convocada a poner a disposición del fideicomitente toda su experiencia, conocimientos, medios técnicos, logísticos e institucionales (Cláusula 8ª N° 10 del Contrato N° 58/94 y Cláusula 8ª N° 7 de los otros dos contratos). Así mismo debía “realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad del presente encargo” (Cláusula 8ª N° 11 del Contrato N° 58/94 y Cláusula 8ª de los otros dos contratos).

Para determinar el cumplimiento de esas obligaciones de “prudencia” es menester analizar si el deudor utilizó todos los medios a su alcance -conocimientos, experiencia, recursos materiales, actuación diligente- para lograr el resultado perseguido, de manera que lo que se debe, o el contenido de la prestación, es un cierto comportamiento del deudor, esto es, que obre con la previsibilidad y diligencia ordinarias para ejecutar el contrato.

De ahí, precisamente, que la doctrina del derecho comparado manifieste que la responsabilidad profesional es eminentemente subjetiva, pues es en este campo en el que la noción de culpa conserva un lugar de privilegio<sup>25</sup>.

#### **1.4.2.2 Patrón de Conducta del Deudor Profesional**

<sup>22</sup> Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. N° 169.

<sup>23</sup> Sentencia de Casación Civil del 31 de mayo de 1938.

<sup>24</sup> L. Pascual Estevill. Derecho de Daños. Barcelona. 1995. T. II. Pág. 729 y ss.

<sup>25</sup> P. Jourdain. Les Principes de la Responsabilité Civile. 1994, pág. 20

Siendo el objeto de la obligación asumida por el profesional un comportamiento determinado, es necesario que el Juez utilice un modelo de conducta, o un punto de referencia, contra el cual confrontar la actuación del deudor.

No podría limitarse la tarea del juez a aplicar las reglas específicas previstas en el contrato, o la normatividad técnica, como tampoco puede circunscribirse a ellas el deudor, pues para el cabal cumplimiento de sus obligaciones está llamado a ir más allá, en observancia del principio de la buena fe objetiva, al que se le otorga una señalada importancia para la determinación de las prestaciones a cargo de los profesionales<sup>26</sup>, pues ha sido en virtud de este principio que la Jurisprudencia ha colocado en cabeza de estos deudores ciertas obligaciones no pactadas específicamente en los contratos, reconociendo así la función integradora de los actos jurídicos que cumple la buena fe.

Por esto se señala que “es la obligación, integrada por la buena fe y los usos, la que nos dirá positivamente cuales son los cuidados, atenciones, cautelas, cuya observancia es exigible específicamente al deudor de una concreta prestación”.<sup>27</sup>

Esta aplicación puntual del principio de la buena fe, corresponde a la noción objetiva<sup>28</sup> de la misma, que interesa particularmente a los contratos, pues con ella se cumple una función integradora o complementadora de las manifestaciones de voluntad; por ello se dice que “la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias ...”<sup>29</sup>

Esta función integradora del principio de la buena fe ha sido resaltada por la Doctrina como una evolución del derecho en las últimas décadas, evolución en este caso basada en la idea de confianza, como elemento básico de las relaciones negociales, lo que ha permitido emplear dicho principio de la buena fe para, entre otras cosas, “determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente”<sup>30</sup>.

Así las cosas, “cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no sólo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado ... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta”<sup>31</sup>.

En el mismo sentido se reitera que “el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta ...”<sup>32</sup>

<sup>26</sup> P. Le Tourneau. Loic Cadiet. La Responsabilité Civile. op. cit. N° 1718.

<sup>27</sup> Jordano Fraga. La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Madrid. 1993, pág. 244.

<sup>28</sup> La noción subjetiva, o Bona Fides, es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no contraviene el derecho. Por tanto, es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error.

<sup>29</sup> Jorge López Santamaría. Los Contratos (parte general). Santiago de Chile. 1986. págs. 291 y ss.

<sup>30</sup> Enrique Barros. Derecho y Moral. Citado por Jorge López Santamaría. op. cit. pág. 294.

<sup>31</sup> Jesús González Pérez. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Madrid, 1988, pág. 74.

<sup>32</sup> José Luis de los Mozos. El Principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona. 1965. pág. 46.

Ahora bien, en cuanto al modelo o patrón de conducta que debe utilizarse, del cual depende el grado de diligencia exigible en cada caso al deudor profesional, ha de decirse que, en nuestro derecho, los puntos de referencia que señala el legislador no son nunca excesivos, ni particularmente rigurosos, ni requieren de actitudes extremas. Por eso no puede decirse que se exija una extraordinaria pericia, prudencia y diligencia; ni un especialísimo nivel de acuciosidad; ni una absoluta y ejemplar dedicación, pues deudores que sean dechado de virtudes y paradigma de la sociedad se encuentran con gran dificultad y son más escasos aún en el agitado mundo de los negocios mercantiles. Por eso nuestro régimen jurídico busca al hombre medio, al que actúa con un cuidado ordinario o usual, sin imponer prototipos abstractos de difícil imitación. Es por esto que en nuestro ordenamiento -con excepción de los casos en que el acreedor no deriva ninguna ventaja del contrato, por ejemplo en el depósito civil - la regla general es que en los contratos bilaterales el deudor responde hasta la culpa leve, lo que significa que no se exige un cuidado o previsibilidad extraordinarios, o en grado sumo, sino una conducta corrientemente o normalmente prudente.

Desde luego que hoy en día no puede acudirse a un único e invariable patrón de conducta, como lo era el del buen padre de familia del Código Civil, pues hoy proliferan actividades económicas de toda índole y especialidades técnicas y científicas, que hacen necesario establecer modelos de conducta que se adapten mejor a las circunstancias y se acerquen más a la realidad de los distintos campos de la vida empresarial. Es por esto, por ejemplo, que en las reformas introducidas en el Código de Comercio, mediante la Ley 222 de 1995, se acoge el patrón del “buen hombre de negocios”.

En cuanto al nivel de prudencia exigido a los profesionales nuestra Ley no se ha referido a ningún modelo ideal. Tampoco lo ha hecho hasta ahora nuestra Jurisprudencia, si bien con frecuencia se habla de un patrón específico para cada actividad, como sería “el buen transportador”, “el buen banquero” o “el buen asegurador”, dejando en manos del juez la tarea de reconocer o verificar en cada caso la existencia del comportamiento correspondiente a tales conceptos, tarea que lleva a cabo a partir de su propia experiencia y de sus percepciones personales, o con apoyo en decisiones judiciales o comentarios doctrinales que fijan criterios para decidir si una determinada gestión o los esfuerzos desplegados por el deudor profesional son suficientes y adecuados para considerar cumplida la obligación a su cargo. Así las cosas, las expresiones legales arriba señaladas constituyen conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido lo aprecia y evalúa el juez según las circunstancias.

En todo caso, algunas pautas nos indican que la labor del profesional ha de ir más allá de lo que normalmente se le exigiría a un hombre ordinario o medio. Es así como las normas del mandato -que suelen gobernar las labores de gestión y administración de los profesionales- nos señalan que la diligencia exigible al deudor -que es la propia del buen padre de familia, o culpa *levis in abstracto*- en ocasiones debe aumentarse, esto es, hacerse más rigurosa, en particular cuando el mandatario es remunerado, lo que constituye una característica de la prestación de servicios profesionales.

A este respecto el artículo 2.155 del Código Civil establece que “el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado”.

Esta disposición pone en evidencia que el mayor rigor exigible en razón de la remuneración no puede ser extremo, pues se encuentra también dentro del ámbito de la culpa leve, que se subdividiría así en menos estricta y más estricta<sup>33</sup>, sin llegar esta última hasta hacer responsable al deudor de la culpa levísima, pues para ello se requeriría una estipulación especial que así lo estableciera.

---

<sup>33</sup> Cesar Gómez Estrada. De los Principales Contratos Civiles. 1996. Nº 361.



En consecuencia, el grado de previsibilidad y prudencia del modelo de comportamiento del profesional estará por encima del correspondiente al buen padre de familia. Pero el “buen profesional” no será tampoco el más acucioso, dedicado, y diligente de los técnicos y de los científicos, sino el hombre de empresa o el experto medio u ordinario, a quien se le aplicará una “especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de “Lex Artis”, que es el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión”<sup>34</sup>.

#### **1.4.3 La Carga de la Prueba en caso de Incumplimiento de Obligaciones de Medio**

En cuanto al régimen probatorio aplicable al presente caso, la parte convocante afirma que, por tratarse de responsabilidad contractual, se presume la culpa de la fiduciaria y que ésta, en razón de lo pactado por las partes (Cláusula Décima Segunda de los tres contratos) sólo tiene como defensa la demostración de la fuerza mayor.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en situaciones como la que se analiza, en la que se alega el cumplimiento defectuoso de obligaciones de medio, es decir, cuando los servicios prestados no han sido adecuados e idóneos, “el demandante deberá probar el incumplimiento, pero en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo la prueba de la culpa. Lo usual es que incumplimiento de la obligación y culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y ésta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta.

Así las cosas, “si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento -pues esta prueba es posible de aportar, es elemento esencial de la pretensión del actor y ninguna disposición lo releva de esta carga probatoria- con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor”<sup>35</sup>.

Este mismo razonamiento se encuentra en las explicaciones de los hermanos Mazeaud, como puede apreciarse en el siguiente aparte: “cuando la obligación es de prudencia o diligencia, para demostrar el incumplimiento, hace falta que la víctima establezca una imprudencia o negligencia”<sup>36</sup>.

Y lo propio reiteran otros comentaristas para quienes “la diligencia, cuando es contenido de la prestación, y no se lleva a término armónicamente con el servicio pactado, determina el incumplimiento y este la responsabilidad”<sup>37</sup>.

Aunque algunos sectores de la doctrina, para mejorar la situación probatoria del acreedor damnificado, propugnan por el establecimiento de una presunción de culpa en contra del profesional, (en el derecho administrativo se habla de presunción de fallas del servicio) autorizados juristas se levantan contra esta tendencia por considerar que “resulta inconveniente desde el punto de vista técnico, e injustificada en relación al deudor”, por cuanto con ella se “altera la propia naturaleza de la obligación de medios”, la cual exige, para deducirle responsabilidad al deudor, que se demuestre por el demandante que la no consecución del resultado buscado se debe a “la falta de diligencia del deudor en la prestación de la conducta adeudada. Solo mediando esta prueba existirá incumplimiento atribuible, generador de responsabilidad civil ... sin la

<sup>34</sup> Luis Díez-Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Madrid, 1996. T. II. Pág. 247 y ss.

<sup>35</sup> Jorge Suescún Melo. Derecho Privado. T. I. Trabajo Nº 9. Pág. 536 y ss.

<sup>36</sup> Henri, Leon y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte 2ª. vol. II. Responsabilidad Civil. Pág. 120 y ss.

<sup>37</sup> L. Pascual Estevill. op. cit. Pág. 740.

prueba de la culpa, no existe incumplimiento relevante para el derecho, dentro de este ámbito obligacional”<sup>38</sup>.

Hay quienes van más allá en la justificación de este régimen probatorio, señalando que puede deberse a “una especial tutela de los intereses del profesional, o puede explicarse porque quien así actúa y ejercita un *facere* responde a su actividad u oficio, del cual en base a su titulación o conocimientos obtiene sus recursos económicos de supervivencia por lo que en principio y por el propio prestigio o autoridad insitos en esa titulación o conocimientos dentro de unos modelos o niveles de licitud, se estima que no es igual una conducta en quien carece de tales atributos, a una conducta del que así está investido de tal profesionalidad, por lo cual, inicialmente, ha de gozar de credibilidad, en el sentido de que su *facere* responde al propio dictado de su *lex artis*, con independencia de que, en su caso, se acredite lo contrario. Por esto ha de modificarse el *onus probandi* para que sea el perjudicado el que acredite que el *facere* del profesional no es ajustado a sus reglas ordenadoras...”<sup>39</sup>

#### 1.4.4 Los Medios de Exoneración

Un aspecto adicional, pero no menos importante, del régimen de las obligaciones de medio, se refiere a las defensas que puede utilizar el deudor para evitar que se le declare responsable.

La mayoría de la doctrina<sup>40</sup> coincide en señalar que los medios de exoneración a que puede acudir el obligado son la fuerza mayor y la prueba de la debida prudencia y diligencia. El INURBE plantea que en este caso las partes pactaron que la única defensa de la Fiduciaria sería la Fuerza Mayor, de manera que ésta habría aceptado prescindir de la prueba de la debida prudencia y diligencia como medio defensivo.

Nótese, sin embargo, que no hay coherencia en exigir al demandante que pruebe el incumplimiento del deudor, y con ello su culpa -pues como hemos visto ésta no se presume en las obligaciones de medio- y al mismo tiempo afirmar que el profesional se exonera demostrando la ausencia de culpa, pues si aquel acredita en juicio el error de conducta, éste ya no podrá probar lo contrario. En estricto sentido la prueba de la ausencia de culpa es una defensa de que dispone el demandado cuando se presume en su contra la culpa.

En este supuesto, tampoco cabe la Fuerza Mayor como medio de exoneración, pues bien es sabido que existiendo culpa probada no es procedente esta defensa. Por esto la jurisprudencia ha precisado que “para que exista poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de culpa del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable”<sup>41</sup>.

Lo anterior significa que si el acreedor prueba la culpa -que en este caso es un elemento esencial de su pretensión- el demandado no contará ya con ninguna defensa.

#### 1.4.5 La Responsabilidad de las Fiduciarias Estatales

Finalmente, como otro rasgo del régimen de responsabilidad de FIDUAGRARIA, la parte convocante manifiesta que ésta es una sociedad anónima de economía mixta,

<sup>38</sup> Maria M. Agoglia, Juan C. Boragina, Jorge A. Meza. Responsabilidad por incumplimiento contractual. Buenos Aires, 1993. Págs. 260 y 261.

<sup>39</sup> Luis Martínez-Calcerrada. La Responsabilidad Civil Profesional. Madrid. 1996. Pág. 56 y ss.

<sup>40</sup> Ricardo Uribe Holguín. Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos. Pág. 99 y ss.; Javier Tamayo y la Culpa Contractual. Pág. 136; A. Pérez Vives. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Parte I. Pág. 19; Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de Obligaciones Nº 169.

<sup>41</sup> Sentencia de Casación Civil del 27 de septiembre de 1945. En el mismo sentido Sentencias del 26 de mayo de 1936; 30 de marzo de 1955; 10 de abril de 1978 y 26 de enero de 1982.

sometida a la normatividad de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo que significa que se trata de una repartición o célula estatal, que, por tanto, debería ser juzgada en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, es decir, con base en el daño antijurídico y no en la culpa. Así las cosas, se le sometería a una responsabilidad objetiva, que colocaría a la fiduciaria estatal por fuera del esquema normal de responsabilidad profesional, pues éste es eminentemente subjetivo, de manera que requiere de un error de conducta para que surja la responsabilidad y con ella el deber de reparar. Por ende, este planteamiento sugiere que, dependiendo del origen público o privado de las fiduciarias, se les aplicaría un régimen distinto de responsabilidad, siendo más riguroso el primero, con lo que se rompería la igualdad de tratamiento normativo, y la equidad falseándose de esta manera el libre juego de la competencia en el mercado, toda vez que las Fiduciarias Estatales afrontarían mayores riesgos que las privadas y con ello mayores costos de cobertura de los mismos.

Para el Tribunal esa no puede ser la interpretación razonable, pues llevaría a que se midan entidades competidoras empleando distintos raseros y sustrayendo a las fiduciarias de origen público del régimen profesional común, privándolas así de un valioso instrumento de gestión empresarial y de previsión y medición de riesgos y costos.

Precisamente para evitar estas distorsiones, el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994 (art. 21) dispusieron que los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y demás instituciones financieras de carácter estatal, dentro del giro de sus negocios, no estarán sujetos a las disposiciones de la citada Ley, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Es verdad que ese mismo Decreto, en el párrafo 1º del citado artículo 21, señaló que los negocios fiduciarios que celebren las entidades estatales “están sujetos a las disposiciones contenidas sobre el particular en la Ley 80 de 1993” y puntualiza que “las sociedades fiduciarias de carácter estatal sólo deberán dar aplicación a dichas disposiciones cuando se trate de negocios fiduciarios que celebren con entidades estatales”.

Lo anterior ha de entenderse en el sentido de que en los negocios fiduciarios estatales debe darse aplicación a lo previsto en el N° 5 del artículo 32 de la Ley 80, el cual regula algunos aspectos de los encargos fiduciarios y la Fiducia Pública, tales como su objeto, selección de la entidad fiduciaria, observancia de normas fiscales, presupuestales y de control; y establece algunas prohibiciones, en particular, la de hacer transferencia del derecho de dominio para conformar patrimonios autónomos y la de delegar en la Fiduciaria la adjudicación de contratos; pero, por lo demás, la Ley 80 no contiene normas sobre la responsabilidad propiamente dicha de las fiduciarias, ya sean estas públicas o privadas, de manera que estas materias han de regularse por las normas del derecho común y por las disposiciones legales y reglamentarias propias de estas entidades y de sus actividades, en tanto que prestadoras de servicios financieros.

Finalmente, no sobra señalar, como se hace en otro aparte de este laudo, que según la jurisprudencia del Consejo de Estado la responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de obligaciones de medio, como son las que aquí nos ocupan, no es una responsabilidad objetiva, pues ella requiere de la falla del servicio, que si bien en algunos casos se presume, puede desvirtuarse con apoyo en criterios subjetivos, tal como ha sido reconocido, por ejemplo, en el campo de los servicios médicos..

En consecuencia, el Tribunal concluye que FIDUAGRARIA, no obstante su carácter de entidad estatal, está sujeta al régimen común de responsabilidad profesional, es decir, al mismo que le es aplicable a las entidades fiduciarias privadas.

## **1.5 Alcance y Contenido de las Obligaciones Profesionales**

La doctrina actual es coincidente en admitir que en el mundo jurídico contemporáneo han surgido dos nuevas categorías de sujetos de derecho: el consumidor y el profesional, con lo cual se marca un cambio significativo en la orientación de los ordenamientos especiales que el legislador consagró durante siglos, en los cuales su atención estuvo casi exclusivamente dirigida a proteger al menor, al demente, al ausente o a la mujer casada, en razón, primordialmente, de aspectos relacionados con la capacidad. Con el avance del derecho también se le otorgó un lugar importante al comerciante, tomando así en consideración una actividad de señalada trascendencia en el campo de la producción y distribución de riquezas. Dentro de esa línea evolutiva, recientemente han emergido con notorio protagonismo el consumidor y el profesional, que son hoy dos actores esenciales en la vida económica, quienes con frecuencia son vistos como antagonistas. Su aparición refleja sin duda la tendencia del espíritu del derecho contemporáneo hacia el realismo, pues trata de tomar en cuenta la realidad de las situaciones y de las relaciones concretas, mientras que el derecho clásico, con apoyo en abstracciones, se inclinaba hacia una especie de idealismo etéreo e inasible.

Sin embargo, el tratamiento del legislador ha sido diferente para uno y otro, pues al paso que en la mayor parte de los países se ha ido creando una abundante normatividad protectora de los consumidores, le ha correspondido a la jurisprudencia delinear paulatinamente el régimen de responsabilidad de los profesionales, imponiéndoles determinadas obligaciones, con el propósito, precisamente, de defender a los consumidores. Es por ello que pronto se desarrolló una nueva disciplina, conocida como el “derecho del consumo”, que en algunos países ha sido ya codificado. El profesional no ha generado aún este fenómeno regulatorio en el derecho positivo, por lo que la doctrina pregon, desde hace algún tiempo, la necesidad de elaborar un “estatuto del profesional”, que constituiría una tercera categoría de responsabilidad civil.

En el derecho colombiano ha ocurrido lo mismo, pues la protección al consumidor es de origen legal, pues esta contenida en varias normas escritas, en particular las plasmadas en el Decreto Extraordinario 3466 de 1982, en tanto que el régimen de responsabilidad del profesional se ha ido redondeando por decisiones jurisprudenciales, en especial en el campo de la responsabilidad médica<sup>42</sup>, si bien también se han expedido algunas pocas providencias que tocan aspectos de la responsabilidad profesional en general<sup>43</sup>.

El estudio del derecho comparado muestra que la jurisprudencia ha ido imponiéndoles a los profesionales una creciente gama de obligaciones cuyo incumplimiento los hace responsables. Este incremento jurisprudencial de las prestaciones a cargo de los profesionales, fenómeno al cual se asiste en la actualidad, obedece al hecho de que las relaciones contractuales en que éstos participan son cada vez más complejas y variadas, lo que ha dado lugar al surgimiento de toda clase de profesionales especializados y, consecuentemente, a la diversificación de contratos especiales con un gran contenido técnico, que lentamente ha llevado a hacer más rigurosa la responsabilidad profesional con el fin de brindar apoyo a los consumidores. De allí la proliferación de los seguros profesionales que cubren los riesgos y las obligaciones asumidos por éstos.

Sin embargo, esta interpretación no debe ser llevada al extremo, pues no es inusual encontrar que la jurisprudencia también introduce morigeraciones a las reglas severas que ella impone, adaptándolas con una cierta flexibilidad a las circunstancias de cada caso y reconociendo que la actividad de los profesionales es el campo en el cual la noción de culpa ha conservado un lugar de privilegio<sup>44</sup>, lo que desvirtúa la tendencia de

<sup>42</sup> Sentencias de Casación Civil del 5 de marzo de 1940, 14 de marzo de 1942, 12 de septiembre de 1985, 26 de noviembre de 1986, 14 de octubre de 1959, 3 de noviembre de 1977, 14 de octubre de 1956. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencias del 30 de julio de 1992, 13 de agosto de 1992, 16 de marzo de 1992; 26 de marzo de 1992, 24 de octubre de 1990, 30 de julio de 1992 y del 24 de agosto de 1992.

<sup>43</sup> Sentencia de Casación Civil del 5 de marzo de 1940.

<sup>44</sup> Paul Jourdain. *Les Principes de la Responsabilité Civile*, 1994, pág. 20.

cierto sector minoritario de la doctrina, que considera dicho campo como lugar abonado para establecer un esquema de responsabilidad objetiva.

De otra parte, la jurisprudencia y la doctrina consideran que los criterios decisivos para determinar si se está ante un profesional son tres, a saber: En primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular; de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores profanos en su materia. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva.<sup>45</sup>

En Derecho Europeo Continental, como en el nuestro, el profesional puede incurrir en responsabilidad contractual o extracontractual, o en ambas simultáneamente, si viola sus compromisos contractuales y/o si falta al deber general de prudencia que le imponen las reglas de su arte u oficio. A este respecto nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que en materia de responsabilidad civil de los profesionales, el ejercicio de actividades de esta naturaleza no implica “solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está sujeto a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional”, de donde concluye que “la responsabilidad profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”, y puntualiza que “la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia hasta el acto doloso”<sup>46</sup>. En el mismo orden de ideas la Doctrina sostiene que la responsabilidad de los profesionales es contractual, esto es, por violación de las obligaciones surgidas de contratos de prestación de servicios, pero admite que si se causan daños a terceros en ejecución de esos servicios la responsabilidad será extracontractual<sup>47</sup>. Así las cosas, en razón de una misma acción u omisión el profesional puede comprometer su responsabilidad frente a sus cocontratantes o frente a terceros.

En el derecho comparado se observa la tendencia de la jurisprudencia a calificar la acción de los profesionales dentro de un régimen más riguroso, y a imponerles determinadas obligaciones, así estas no hayan sido pactadas en los respectivos contratos, todo lo cual lleva a ciertos comentaristas a ver en esas reglas especiales el advenimiento de una responsabilidad profesional autónoma<sup>48</sup>.

En todo caso, del estado actual de la jurisprudencia y la doctrina se puede deducir la existencia de reglas generales o constantes aplicables a todos los profesionales y otras variables que dependen de la actividad o del sector económico en que actúe el profesional y de las circunstancias particulares de cada caso.

### **1.5.1 Las Constantes en las Obligaciones Profesionales**

Algunas de estas obligaciones son establecidas por la ley y otras provienen de las decisiones judiciales o son impuestas por los usos profesionales y las reglas de deontología. Tales obligaciones se establecen en beneficio del público en general y otras en favor del círculo más limitado de los cocontratantes.

<sup>45</sup> Philippe le Tourneau, Loïc Cadiet. Droit de la Responsabilité, 1996. Pág. 456 y ss.

<sup>46</sup> Sentencia de Casación Civil del 5 de marzo de 1940.

<sup>47</sup> Arturo Alessandri R. Responsabilidad Extracontractual. Págs. 79 y 80.

<sup>48</sup> P. Le Tourneau. op. cit. Pág. 458.

### 1.5.1.1 Obligaciones Generales o *Erga Omnes*

Estas obligaciones ha de cumplirlas el profesional en consideración del público en general, es decir, de manera indiscriminada. No son muy numerosas, pero si importantes. Se trata de obligaciones relativas a las informaciones que debe dar a todo cliente potencial (obligación precontractual) y a la seguridad que debe garantizar a los terceros. La violación de estas obligaciones conlleva una responsabilidad extracontractual.

#### 1.5.1.1.1 Obligación de Información

Esta obligación suele ser de origen jurisprudencial, pero también ha sido acogida en los ordenamientos positivos de algunos países<sup>49</sup>. Esta prestación se exige de todo profesional frente a cualquier persona que tenga en mente contratarlo, es decir, antes de celebrar el contrato y lo hace responsable extracontractualmente por los daños que pueda sufrir esa persona por la falta de información o por información inexacta, incompleta o desactualizada<sup>50</sup>.

#### 1.5.1.1.2 Obligación de Seguridad

También esta obligación tuvo un origen jurisprudencial y luego fue plasmada expresamente por el legislador. En efecto, en un principio los jueces aplicaron esta regla para proteger a toda persona que pudiera sufrir daños corporales con ocasión del ejercicio de actividades profesionales. Esta posición jurisprudencial fue criticada en su momento por un sector de la doctrina al considerar que, por su naturaleza, la obligación de seguridad es accesoria a una obligación contractual principal. Por lo demás se decía que esta elaboración no mejoraba en nada la situación de la víctima, pues de todas maneras debía demandar al profesional con base en el régimen de la responsabilidad extracontractual y asumir la carga de la prueba de todos sus elementos.

Por el contrario, la obligación de seguridad ha tenido una particular relevancia a partir de las decisiones judiciales que han ordenado la reparación de daños causados por productos defectuosos a terceros, es decir, a personas que no los han adquirido, de manera que no tienen el carácter de partes en la respectiva compraventa. En estas hipótesis la Corte de Casación Francesa ha establecido que la entrega por parte del fabricante de un producto defectuoso, lo hace responsable frente a terceros que resulten lesionados, pero con la particularidad de que en este caso se presume la culpa del fabricante, aliviando así la tarea probatoria de la víctima<sup>51</sup>.

### 1.5.1.2 Obligaciones especiales asumidas en los contratos, en forma expresa o tácita, por los profesionales.

La doctrina señala que mediante los contratos celebrados por los profesionales estos asumen ciertas prestaciones especiales que vienen a reforzar o a sumarse a las obligaciones generales o *erga omnes* antes señaladas. Dentro de estas obligaciones cabe destacar aquellas que, a pesar de no haber sido contempladas por los contratantes, se entienden tácitamente incorporadas y, por ende, implícitamente asumidas por el profesional, a través de interpretaciones jurisprudenciales enderezadas a proteger a la parte neófita, al consumidor o a la clientela profana. Para la determinación de estas obligaciones se acude a la noción de la buena fe objetiva, la

<sup>49</sup> En Colombia, en la Legislación de Protección al Consumidor se exige a todo productor, por ejemplo, informar al público, de manera suficiente, respecto de la calidad e idoneidad registradas de los bienes o servicios que ofrece, para lo cual las normas especifican las formas como deben darse tales informaciones (Art. 10 D.E. 3466 de 1982).

<sup>50</sup> Jean Mestre, *Le Consentement du Professionnel Contratant dans la Jurisprudence Contemporaine*, 1991. Pág. 249.

<sup>51</sup> Entre nosotros esa inversión de la carga de la prueba tiene lugar si el daño ocurre en desarrollo de actividades peligrosas, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil, pero sin que esta regla se haya aplicado aún a daños causados por productos defectuosos.

cual sirve como instrumento de integración de los contratos, función esta de la buena fe consagrada expresamente en nuestro Derecho por los artículos 1.603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, a cuyo tenor los contratos obligan “no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural”. Así las cosas, en cada caso el juez debe analizar el contrato para establecer a qué se obligó expresamente el profesional y a qué lo obliga también la buena fe, de acuerdo con la naturaleza de los servicios estipulados, pero, igualmente, para fijarle límites a las obligaciones, y, a la responsabilidad que el profesional ha podido pactar lícitamente.

Sobre este último aspecto, no sobra advertir que los profesionales siguen gozando del margen de maniobra que normalmente ofrece a todo contratante el postulado de la autonomía de voluntad, mediante el cual pueden diseñar el contenido y el alcance de sus obligaciones, así como el marco de su responsabilidad, lo que les permite, dentro de ciertos límites señalados por la ley, estipular un mayor o menor grado de prudencia o diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>52</sup>, introducir reglas sobre la carga de la prueba, o reducir las indemnizaciones a su cargo para el evento de que el incumplimiento de sus compromisos cause perjuicios a los cocontratantes. Pero todo esto, obviamente, en la medida en que el legislador no haya disminuido o suprimido el juego espontáneo de la autonomía de la voluntad, y a cambio haya instaurado un régimen imperativo de responsabilidad, que no puede ser derogado ni modificado por acuerdos particulares, toda vez que se quiere que ese régimen sea el mínimo a que queda sometido el profesional. En nuestro derecho, como en muchos otros, se han establecido esos regímenes imperativos para regular las actividades de profesionales esto es, de empresarios especializados como acontece con transportadores marítimos y aéreos e instituciones bancarias, entre otros.

De otra parte, ha de señalarse que el contrato juega un papel preponderante en la actividad del profesional, sobre todo si se trata de una empresa, pues es un instrumento de previsión, un medio de actuación en el tiempo y una técnica de gestión de riesgos<sup>53</sup>, lo que le imprime al contrato un aspecto dinámico, que se ve reforzado por generar, especialmente, obligaciones de hacer, de manera que lo que importa primordialmente al acreedor es la actividad que va a desplegar el profesional, la diligencia con que va a actuar, los medios que va a emplear tanto técnicos, corporales, intelectuales, como síquicos. Por ello se dice que toda la lógica de la empresa profesional reposa en el contrato. Dicha empresa es un tejido de contratos, pues funciona diariamente a través de ellos, con sus proveedores, clientes, bancos, empleados, prestadores de servicios, etc.

Algunos de estos contratos profesionales se celebran *intuitu personae*, en el sentido tradicional de esta expresión, en cuyo caso se toman en consideración las calidades particulares de una persona natural. Pero hoy en día se toman más en cuenta las condiciones de las personas jurídicas -sus productos, experiencia, conocimientos, procedimientos, marcas, etc.- Así las cosas, el *Intuitu Personae* se ha transformado en el *Intuitu Firmae*<sup>54</sup>.

Con base en las decisiones judiciales la doctrina del derecho comparado ha tratado de elaborar una lista de obligaciones implícitas de los profesionales, es decir un inventario de tareas y actividades de distinta índole que los profesionales están llamados a realizar, así no las hayan estipulado en los contratos. Con todo, debe precisarse que no todas esas obligaciones se imponen al mismo tiempo, ni en un mismo contrato, ni se exigen con igual rigor, pues frecuentemente se moderan en su aplicación a través de criterios de flexibilización que la misma jurisprudencia ha elaborado.

---

<sup>52</sup> Así por ejemplo se dice que mediante pacto puede obligarse a responder hasta por culpa levísima, o limitar su responsabilidad a la culpa grave. Sergio Rodríguez A. La Responsabilidad del Fiduciario, pág. 44.

<sup>53</sup> Jean M. Mousseron, La Gestión des Risques par le Contrat, 1988, Pág. 481.

<sup>54</sup> P. Le Tourneau. op. cit. Pág. 461

Esas obligaciones especiales se han agrupado en tres grandes categorías que se refieren a la lealtad, a la eficacia y a la seguridad. Dadas las circunstancias del presente caso, el Tribunal se limitará a analizar las dos primeras categorías de estas obligaciones:

### **1.5.1.2.1 Obligaciones de Lealtad**

La Jurisprudencia, con base en el principio de ejecución de buena fe de los contratos, ha deducido un deber de lealtad a cargo de los contratantes, del cual se derivan diversas consecuencias o corolarios que se mencionan a continuación:

#### **1.5.1.2.1.1 Obligación de ejecutar el Contrato**

Como es evidente, la primera obligación que se desprende del principio de lealtad es la de ejecutar el contrato, es decir, cumplir las obligaciones como “un buen profesional”, procediendo al efecto con el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia a que está sometido y empleando todos los medios razonables a su alcance para lograr el objetivo buscado por su acreedor al contratar, lo que significa que el profesional debe actuar con los medios y el propósito necesarios para que su cliente alcance la finalidad social, económica o jurídica que persigue. Por ende el profesional debe prestar los servicios a que se comprometió en la forma y en la oportunidad estipuladas o usuales.

Esos servicios deben ser suministrados por el profesional en forma directa si se le han encargado en razón de sus calidades particulares, es decir, si la contratación tiene un carácter *intuitu personae*, como puede suceder con el cirujano o con un abogado. Si ese no es el caso, el deudor tiene la posibilidad de que un tercero lo sustituya en el cumplimiento de la obligación, o de subcontratar la prestación del servicio, pero en todo caso esto se hará bajo la responsabilidad del profesional, quien seguirá estando obligado frente a su cliente. Por tanto, el profesional responde por las acciones u omisiones de los terceros que aquel introduce en la esfera contractual.

En nuestro derecho, respecto de la responsabilidad contractual de las Fiduciarias, la doctrina admite que se encargue a terceros del cumplimiento de ciertos deberes indelegables, por cuanto el fiduciario no puede ser experto en todas las variadas tareas que le corresponde desarrollar, como ocurre, por ejemplo, con los avalúos de bienes para la constitución de fiducias inmobiliarias. Aún así, el fiduciario sigue siendo responsable por la actuación de dichos terceros, en concordancia con las reglas sobre delegación imperfecta<sup>55</sup>

#### **1.5.1.2.1.2 Obligación de Información**

Es una de las obligaciones más importantes del profesional y quizá la más generalizada. Esta obligación es más acentuada cuando el cliente es un profano y se entiende incorporada a los contratos aún si la ley no lo ha establecido<sup>56</sup>.

Ahora bien la información que se suministre ha de ser inteligible para su destinatario; así mismo, debe ser exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate<sup>57</sup>.

Dicha obligación es de medios, accesoria y de naturaleza contractual, la cual prolonga la obligación precontractual de información -general o *erga omnes*- antes vista. Su incumplimiento hace responsable al profesional por los perjuicios que sufra su cliente. Con todo, es éste quien tiene la carga de probar tal incumplimiento.

<sup>55</sup> Sergio Rodríguez A. La Responsabilidad del Fiduciario, 1997, págs. 59 y ss.

<sup>56</sup> Jacques Ghestin et Bernard Desché. Traité des Contrats. La Vente 1990, N° 867 y ss.

<sup>57</sup> M. Fabre-Magnan. De L'Obligation d'information dans les contrats, 1992 N° 431.



La doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información y para ello debe pedir a su cliente las precisiones del caso, e indagar acerca de sus necesidades.

Dentro de esta tarea la jurisprudencia ha precisado que el profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los bienes o servicios, o de las prestaciones que se le encomiendan, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos<sup>58</sup>.

Incluso se reseñan jurisprudencias en las cuales se ha dicho que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo llegar al extremo de rechazar el encargo que se le propone cuando dicho encargo exceda la competencia o las capacidades del profesional, o cuando este considere que está condenado al fracaso, a menos que se trate de un caso de urgencia, en especial en los campos relacionados con la salud y la seguridad de las personas<sup>59</sup>.

Para efectos de la prueba del cumplimiento de esta obligación los comentaristas indican que un profesional diligente y avisado dejará constancia escrita de las actuaciones realizadas con el fin de informar a su cliente, así como de las sugerencias y advertencias que le haya hecho, si bien la ley no exige prueba documentaria.

De otra parte, en ocasiones se habla indistintamente de la obligación de información y de la obligación de consejo, si bien la doctrina especializada critica esta asimilación, pues no se trata de sinónimos, ni de términos jurídicamente equivalentes. En efecto, el consejo tiene un mayor contenido obligacional que la mera información. La doctrina reconoce que el deber de consejo puede ser una obligación principal, como ocurre en ciertos contratos de asesoría, o una obligación accesorio, pero siempre en virtud de una cláusula expresa,<sup>60</sup> o de una imposición legal<sup>61</sup>.

Con todo, una corriente jurisprudencial parece admitir que la obligación de consejo se encuentra implícita en los contratos que conllevan la entrega de aparatos sofisticados, o en algunos contratos bancarios (o con intermediarios financieros) en especial respecto de órdenes de operaciones de inversión en los mercados a término<sup>62</sup>.

Ahora bien, el consejo suministrado desinteresadamente, vale decir, sin que obedezca a una obligación estipulada, no compromete, en principio, la responsabilidad del profesional, a menos que haya actuado con intención maliciosa<sup>63</sup>.

La obligación de consejo exige del profesional una apreciación fundamentada sobre los servicios que se le encomiendan, o sobre el negocio, operación o actividad que piensa llevar a cabo su cliente. Se trata con ello de que el profesional ilustre a su co-contratante respecto de las distintas alternativas con que cuenta; que lo oriente en sus decisiones y escogencias y lo incite o trate de persuadirlo a adoptar la solución que parece la más conveniente, incluso si no es la más barata. Esta prestación suele denominarse asesoría, o incluso asistencia técnica. Esta obligación puede llegar hasta ayudar al cliente a realizar o a concretar la operación o el negocio en cuestión.<sup>64</sup>

#### 1.5.1.2.1.3 Deber de Vigilancia

<sup>58</sup> X. Perron. L'Obligation de Conseil, 1992 N° 172 y ss.

<sup>59</sup> P. Le Tourneau. op. cit. pág. 463.

<sup>60</sup> Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet-Droit de la Responsabilité, 1996, N° 1730.

<sup>61</sup> En Colombia la normatividad aplicable a las sociedades comisionistas de valores las obliga a dar información y asesoría a los clientes, así esta última no se haya estipulado (Resolución 1200 de 1995; Circular Externa N° 10 de 1991 de la Superintendencia de Valores).

<sup>62</sup> A este respecto la doctrina cita una sentencia de la Corte de Casación Francesa del 19 de mayo de 1992.

<sup>63</sup> X. Perron. op. cit. N° 172 et ss.

<sup>64</sup> X. Perron. op. cit. N° 172 et ss.

El profesional debe ser dinámico y activo, de manera que no puede aguardar pasivamente el desarrollo de los acontecimientos, pues esa diligencia es una condición para su eficiencia. Este deber le exige al profesional estar atento o vigilante, lo que significa que ha de anticipar razonablemente, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones nocivas o el cambio de tendencia en los negocios. Con base en esta obligación la Jurisprudencia declaró responsable a un banquero que aceptó sin inmutarse una operación manifiestamente irregular, anormal e inusual en la práctica comercial<sup>65</sup>.

#### **1.5.1.2.1.4 Deber de Transparencia**

La ejecución de un contrato por un profesional lo obliga a obrar con transparencia tanto durante la fase de cumplimiento de las prestaciones, como a su terminación, lo que le exige mantenerse en contacto con su cliente para ponerlo al tanto de las dificultades especiales o de los imprevistos que lleguen a presentarse. Igualmente, al término de la relación contractual el profesional debe informar a su cliente acerca de los aspectos particulares que hayan surgido durante la vida del contrato o con ocasión de éste, y suministrarle los documentos y orientaciones relacionados con el mismo.

#### **1.5.1.2.1.5 Deber de Perseverancia**

El profesional -en razón de sus capacidades y por contar con una organización adecuada- debe estar en condiciones de afrontar las dificultades inherentes a su oficio u actividad, ya se trate de circunstancias previstas o imprevistas (a menos que estas últimas lleguen a constituir una fuerza mayor), de manera que sus clientes bien pueden esperar que el profesional vaya hasta la culminación de la tarea que le han encomendado; o hasta el vencimiento del término estipulado.

Si se trata de un contrato de duración indefinida, el profesional no podrá ponerle fin sino después de un preaviso, cuyo plazo dependerá de las prácticas imperantes, pero en todo caso suficientemente prolongado para permitirle al cliente tomar las medidas pertinentes. En ciertos casos, incluso después del cumplimiento de las obligaciones principales del contrato, el profesional puede continuar ligado para efecto de ciertas prestaciones, por ejemplo, para el servicio post-venta o el suministro de repuestos.

#### **1.5.1.2.1.6 Deber de Fidelidad**

Esta obligación ha sido establecida especialmente para el mandato, pero la doctrina tiende a generalizarla. Según este deber, el mandatario que ha recibido un poder claro debe cumplir en su integridad el encargo que se le ha conferido, de acuerdo con las instrucciones del mandante, de manera que debe abstenerse de exceder los límites impuestos en la procuración.

La fidelidad en ocasiones se refuerza, en algunas actividades económicas, con cláusulas de exclusividad, mediante las cuales los profesionales se comprometen a no contratar, en el campo de que se trate, con otras personas, como suele ocurrir, por ejemplo, con los agentes comerciales. En igual sentido, se encuentran decisiones judiciales o disposiciones legales que en ciertos casos impiden al profesional prestar sus servicios a clientes que tienen entre sí intereses opuestos.

#### **1.5.1.2.1.7 Respeto a los intereses del cliente**

El anterior deber de fidelidad se complementa con el de respetar e incluso preferir los intereses del cocontratante, lo que obliga al profesional a actuar de la manera que más convenga a su cliente. Así las cosas, entre las distintas alternativas posibles, debe proponer o tomar -si tiene las facultades para ello- la que sea más favorable a éste, o la

<sup>65</sup> P. Le Tourneau. op. cit. N° 1732.

que parezca más apropiada a los propósitos que persigue. Por tanto, el profesional debe siempre tener en mente los intereses legítimos de quien utiliza sus servicios.

La doctrina señala que, de acuerdo con esta obligación, el cliente espera del profesional que éste emplee, después de haber obtenido la autorización de aquel, la técnica o el método más pertinente, de entre todos los disponibles en ese momento, para lograr los fines buscados. Con todo, el profesional no está obligado a sugerir o a utilizar las técnicas o elementos más perfeccionados o los más novedosos, salvo en algunos casos médicos. Así por ejemplo la jurisprudencia en Colombia ha precisado que en ciertas cirugías es menester observar una especial conducta quirúrgica empleando instrumental y equipo especial que facilite la labor del cirujano y asegure en alta proporción un resultado favorable<sup>66</sup>.

#### **1.5.1.2.1.8 Facilitar la ejecución del contrato**

En observancia de esta obligación, el profesional debe suministrarle a su cocontratante las instrucciones, documentos, objetos y demás elementos necesarios con el fin de permitirle la ejecución de sus tareas contractuales. Este mismo deber le prohíbe al profesional impedir o hacer más difícil a su cocontratante el cumplimiento de tales prestaciones.

#### **1.5.1.2.1.9 Otros deberes**

Los comentaristas coinciden en señalar que el principio de lealtad exige, adicionalmente, al menos en algunos casos, de ciertas cualidades o virtudes que debe mostrar el profesional, tales como la educación, la exactitud, la paciencia, la discreción y la delicadeza, que para algunos conforman “la moral de los negocios”<sup>67</sup>

La anterior lista esquemática de los deberes de lealtad del profesional no es taxativa, pues está sujeta a ajustes y modificaciones de acuerdo con la evolución del derecho y de la vida de los negocios. Así por ejemplo la doctrina percibe hoy en día que se comienza a consolidar un nuevo instrumento interpretativo para determinar el alcance y contenido de las obligaciones contractuales, el cual toma en consideración los documentos publicitarios que utiliza el profesional, al menos aquellos enviados específicamente al cliente de que se trate, tales como catálogos o folletos con los que aquel se presenta para promover sus negocios. No se toman en cuenta, sin embargo, los afiches, ni la publicidad difundida por los medios de publicidad que tienen como destinatario al público en general<sup>68</sup>. Así las cosas, ciertos mensajes publicitarios podrían obligar al profesional que los emplea, de manera que su contenido se entendería incorporado al contrato, como si se tratara de un anexo. En este sentido, se ha explicado que el mensaje publicitario constituye una oferta de contrato, de suerte que cuando el destinatario acepta sus términos, el anunciador queda vinculado por los mismos, con lo que su contenido se incorpora en el negocio jurídico así perfeccionado. Es esta una consecuencia que se desprende del principio de fidelidad, que exige cumplir lo ofrecido.

#### **1.5.1.2.2 Obligaciones de Eficacia**

Quien recurre a los servicios de un profesional, lo hace porque persigue un determinado objetivo, o espera la realización de un resultado (incluso si se trata de obligaciones de medio), lo que significa que se basa en la eficacia del “hombre del arte” o del “hombre del oficio”, quien tiene la obligación jurídica de ser eficaz, lo cual no quiere decir que deba siempre lograr el resultado perseguido.

<sup>66</sup> Sentencia de la Sección Tercera. Consejo de Estado del 30 de julio de 1992.

<sup>67</sup> B. Oppetit, *Ethique et vie des affaires*, 1993, pág. 319.

<sup>68</sup> F. Labarthe. *La notion de document contractuel*, 1994.

Este deber se subdivide en dos categorías. La primera se refiere a la “eficacia técnica y práctica en las intervenciones intelectuales”. La segunda hace relación a la “eficacia técnica en las intervenciones materiales”<sup>69</sup>, que es la que se requiere, por ejemplo, para la reparación de aparatos sofisticados.

La eficacia implica la competencia del profesional, lo que significa que debe conocer todas “las reglas de su oficio” -en especial cuando un organismo técnico o gremial las recomienda- así como los usos y prácticas particulares imperantes en el sector de la economía en que desarrolle sus actividades.

Adicionalmente, como especialista que es, el profesional no puede ignorar las modificaciones que sufran esas reglas y usos, ni los adelantos e innovaciones técnicas que se produzcan en su profesión. Por tanto, el profesional debe dominar la técnica y tener la capacidad de llevar a cabo verificaciones y controles. Si no es así, si no domina la técnica, será por el contrario su juguete, lo que constituye culpa que desencadenará su responsabilidad<sup>70</sup>. De ahí que se preconice que la competencia técnica del profesional ha de presumirse en todos los casos, sin que quepa prueba en contrario<sup>71</sup>.

De otra parte, como persona experta, el profesional debe conocer sus limitaciones y rechazar los encargos que excedan sus capacidades -a menos que se trate de situaciones de urgencia, en especial en el campo médico- o debe acudir al respaldo de un especialista en los aspectos en que él no lo sea.

Como ya se indicó, el deber de eficacia requiere del profesional una formación permanente, lo que le exige estar al tanto de las evoluciones jurídicas y técnicas, no solamente para ponerlas en práctica, sino también para advertir a sus clientes de la necesidad o conveniencia de tenerlos en cuenta o de emplearlas.

Por esta razón la jurisprudencia ha puntualizado, por ejemplo, que un fabricante o un vendedor profesional no deben continuar suministrando aparatos que puedan considerarse obsoletos, a menos que el cliente lo acepte con pleno conocimiento de causa.

En línea con este deber, se exige que el profesional adquiera, oportunamente, aparatos, equipos, procedimientos o sistemas que le permitan estar a tono con los avances tecnológicos, a fin de prestar mejores servicios.

A este respecto se encuentran en la jurisprudencia europea decisiones judiciales que declararon responsable a un banco por no contar con una organización adecuada que le permitiera informar, de manera inmediata, a todas sus oficinas y ventanillas del no pago de un cheque, respecto del cual un cliente había dado orden de no pagarlo.

Otra característica de la eficacia es reaccionar con prontitud, de manera que el profesional debe cumplir las gestiones y actividades que le corresponden oportunamente, esto es, en tiempo útil. Así mismo, debe estar preparado a actuar con celeridad cuando las circunstancias lo requieren, como el médico que es llamado de urgencia, o el ingeniero que debe reparar una máquina a fin de restablecer el funcionamiento de una planta industrial. Con todo, los comentaristas señalan que las cosas no pueden llevarse a un extremo, pues la precipitación puede también ser culposa.

Ahora bien, dentro de las expresiones de la eficacia se encuentra el espíritu de iniciativa que se apoya en la imaginación, lo que impide que el profesional se limite a actuar en forma mecánica e irreflexiva. A este respecto la doctrina se refiere a una decisión de la Corte de Casación Francesa en la que manifestó que un experto

<sup>69</sup> P. Le Tourneau. op. cit. N° 1743.

<sup>70</sup> M. Leroy. Contribution à l'étude des obligations du professionnel, 1995 N° 435 y ss.

<sup>71</sup> M. Leroy. op. cit. N° 433 et ss.

contable no es un simple escribano, de suerte que la transcripción o registro que haga de los datos que se le comuniquen debe ser una labor analizada y reflexionada<sup>72</sup>. Así mismo se dijo de un farmacéutico o boticario que no debía preparar la prescripción de un médico si en su opinión era peligrosa, sin consultar previamente al galeno.

Este celo, sin embargo, no puede llegar hasta convertirse en injerencia abusiva en los negocios del cliente, de suerte que el profesional no debe inmiscuirse en ellos en forma intempestiva o no autorizada. Esta regla de la “no injerencia” ha sido establecida, en particular, en las operaciones bancarias, pero se le reconoce una aplicación general<sup>73</sup>. Con todo, la mencionada regla no exonera al profesional de su deber de vigilancia.

El profesional debe proceder de manera reservada y discreta y hacer gala de discernimiento y prudencia. Estas virtudes refuerzan la necesidad de que se abstenga de inmiscuirse en el campo que se ha reservado su cliente.

La prudencia, por lo demás, ha de inspirar todas las acciones del profesional, pues se trata de una condición de buen juicio, indispensable para la eficacia de su gestión. La prudencia debe entenderse como la capacidad de decidirse a actuar, tomando y midiendo los riesgos.

Finalmente, un sector de la doctrina, forzando quizá un poco la noción de eficacia, incluye dentro de este deber, la obligación del fabricante o del vendedor profesional de salir al saneamiento por vicios ocultos, pues el comprador espera que la cosa adquirida le sea “eficaz”, para lo cual debe estar exenta de vicios.

## **1.5.2 Las Variables en las Obligaciones Profesionales**

Estas variables son criterios de flexibilización, moderación o atenuación de las obligaciones profesionales que se han analizado. Dichos criterios pueden tomar en consideración las personas, bien sea el cliente o el profesional, o las circunstancias.

Dado el alcance del debate planteado en este arbitraje, el Tribunal habrá de referirse, solamente, a los criterios relativos al cliente y a las circunstancias.

Estos criterios han sido extraídos de numerosas decisiones jurisprudenciales adoptadas en los países europeos continentales, cuyo derecho común se inspira en los mismos principios que el nuestro, luego su análisis contribuye a enriquecer, en nuestro medio, las reglas que han de gobernar la responsabilidad profesional.

### **1.5.2.1 Variables relativas a las Personas**

#### **1.5.2.1.1 El Cliente**

Como se explicó al estudiar las constantes de las obligaciones profesionales, el profesional tiene una obligación de informar a su cliente. Sin embargo, la existencia de esta prestación no impide que el cliente también deba informarse por su lado, en la medida de sus capacidades. Por lo demás se ha considerado que la obligación de información se entiende cumplida por el profesional, cuando el cliente -de una manera u otra- ha sido informado, o dispone de la información, o incluso cuando se comporta como si supiera o conociera el contenido de la información<sup>74</sup>.

##### **1.5.2.1.1.1 El Cliente debe informarse**

A este respecto la jurisprudencia ha señalado que un profesional no está obligado a presentar o a sugerir las soluciones técnicas o los productos de sus competidores, de

<sup>72</sup> Sentencia de la Corte de Casación Francesa del 28 de abril de 1993.

<sup>73</sup> P. Le Tourneau. op. cit. N° 1749.

<sup>74</sup> J. Ghestin et B. Desché. op. cit. N° 131 y ss.

manera que esta tarea comparativa y la búsqueda que ella implica son labores que debe adelantar el cliente por sí solo.

Tampoco está llamado, en principio, el profesional a indagar acerca de las condiciones especiales de utilización en que su cliente quiere operar un equipo o máquina. Es éste quien debe señalar dichas condiciones especiales.

De otra parte, respecto de la garantía de vicios ocultos, de vieja data los Códigos Civiles han exigido al comprador determinadas actuaciones diligentes. En efecto, a éste le corresponde verificar las mercaderías, lo que implica desempacarlas, probarlas o poner en funcionamiento los aparatos. Todo vicio que pueda ser descubierto con este examen sumario no se considera oculto, incluso si el adquirente no lo ha visto. Por el contrario el vicio que no puede ser descubierto con dicha verificación es un vicio oculto. Con todo, si el comprador es un profesional de la misma especialidad, se entiende que, como técnico que es, está en mejores condiciones para encontrar el vicio, pues puede llevar a cabo comprobaciones más profundas. Aún así el profesional adquirente tendrá derecho a la garantía por vicios ocultos si éstos no podían ser hallados ni siquiera por un experto.

Así mismo se señala que el comprador de bienes usados debe mostrarse particularmente atento para observar su estado y funcionamiento, sin que esté obligado a realizar investigaciones técnicas complejas.

Las jurisprudencias que sirven de antecedente a este deber de diligencia del cliente, resaltan que éste no puede invocar en su favor cualquier clase de ignorancia, pues sólo es de recibo la “ignorancia legítima”, para cuya existencia es necesario analizar las condiciones de educación y la situación social de quien la alega, para lo cual deberá tenerse en cuenta, también, la popularización de ciertas técnicas, de manera que hoy los jueces se muestran más rigurosos para admitir la ignorancia del cliente. Así por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que ningún empresario puede desconocer en la actualidad que la instalación de un sistema informático requiere de un periodo de adaptación y de prueba y que al principio dará lugar a dificultades y daños.

#### **1.5.2.1.1.2 El cliente ha sido informado**

A este respecto se dice que el cliente puede haber obtenido la información del propio profesional, *verbi gracia*, cuando el vendedor informa al adquirente de la existencia del vicio oculto, en cuyo caso éste deja de tener tal característica, incluso si el defecto no era fácilmente descubrible. Lo propio se ha señalado en los casos de fabricantes de productos nuevos que advierten a los compradores acerca de eventuales o probables inconvenientes que pueden presentarse, como ciertos daños o vibraciones en las máquinas, que no conllevan riesgos de causar daño a las personas. También cuando el vendedor ha informado al adquirente de la necesidad de comprar un accesorio para el funcionamiento de un aparato.

De otra parte se admite, igualmente, que el cliente puede haber recibido la información a partir de su propia experiencia. Para esto se tendrá en cuenta las relaciones anteriores de negocios entre las mismas partes.

Así mismo, la doctrina es coincidente en admitir que si el cliente es una persona competente en la actividad de que se trate, la obligación de información, e incluso la de consejo, se aligeran.

En este sentido la jurisprudencia ha subrayado que el comprador de un computador o de un programa será tenido como un iniciado si en el pasado ha adquirido bienes similares, y ha afrontado iguales problemas por los que vuelve a reclamar. Igual tratamiento ha recibido quien dice contar con personal calificado en una determinada actividad, o quien se ha presentado como especialista en la materia.

Si el comprador tiene plena conciencia de la probabilidad de que, en determinadas circunstancias, se presenten inconvenientes y defectos, porque ya ha tenido esa experiencia en el pasado, se considera que asume el riesgo de que sobrevengan tales situaciones, de manera que se infiere que compró a su riesgo y peligro.

Este mismo principio se ha aplicado en el caso de que un cliente de un banco le dé órdenes desafortunadas para que lleve a cabo operaciones de colocación en el mercado a término, hipótesis en la cual no ha tenido éxito la acción contra el establecimiento bancario que cumplió tales órdenes, por cuanto el cliente era una persona conocedora del mercado<sup>75</sup>.

Es innegable, por lo demás, que el contenido de la obligación de información varía si el cliente es también un profesional conocedor de la materia, pues esto le permite estar al tanto de los aspectos técnicos y comerciales de la operación o actividad respectiva. Así las cosas, en un caso ilustrativo de este tema, las Cortes subrayan que una institución bancaria no podía seriamente alegar que se había equivocado en cuanto a la naturaleza e interpretación de un contrato de opción de venta de acciones. Igualmente se ha precisado que un mandante -dado el alto nivel de sus estudios y su nivel de experiencia, pues era gerente de una empresa- no podía desconocer el alcance de los términos del mandato que confirió.

En estos casos, puntualiza la doctrina, es inoficioso informar al cliente-profesional, pues esta prestación deviene redundante e inútil en consideración de los conocimientos y la experiencia de su destinatario.

Sin embargo, no puede llegarse a afirmar que exista una presunción de que el cliente -que también es profesional- tenía el conocimiento específico del tema de que se trata. Por lo tanto, corresponde a los jueces determinar en cada caso el grado de conocimiento del cliente-profesional.

Otra situación es la que se presenta cuando el cliente negocia con la asesoría de un experto. Esta circunstancia atenúa, como es obvio, la intensidad de la obligación de información y de consejo a cargo del profesional, si bien tales obligaciones no desaparecen por completo.

#### **1.5.2.1.1.3 El Cliente se comporta como si tuviera la información**

Para la doctrina las obligaciones de información y de consejo que debe cumplir el profesional, se ven aligeradas o reducidas cuando el cliente actúa como si tuviera los conocimientos del caso, bien porque en efecto los tenga -por tratarse de una persona competente- o bien porque pretenda o simule tenerlos.

En términos generales se dice que la interferencia del propio cliente -que sea notoriamente competente- atenúa, o incluso puede hacer desaparecer, la responsabilidad del profesional, ya se trate de una interferencia culposa, o que sea el resultado de una cláusula del contrato que coloque en cabeza del cliente la adopción de una determinada decisión, o la realización de una tarea en particular.

Sin embargo, la interferencia puede resultar completamente inane si proviene de un cliente incompetente, caso en el cual el profesional debe resistirse a aceptar sus sugerencias o instrucciones.

A lo anterior debe agregarse la hipótesis de la aceptación deliberada de un riesgo por parte del cliente. Este criterio fue aplicado en un caso en que, a pesar de las advertencias del profesional, el adquirente de un sistema informático completo decidió realizar, personalmente, los estudios para adaptar el sistema a sus necesidades. En

---

<sup>75</sup> Sobre este tema la Doctrina menciona la jurisprudencia del Tribunal de París del 21 de marzo de 1990 y la del Tribunal de Comercio del 13 de junio de 1995.

este supuesto se concluyó que las obligaciones del vendedor profesional se reducían a lo que su cliente le había permitido hacer.

Los comentaristas explican que esta última situación difiere de la anterior, esto es, de la interferencia, pues en ésta se requiere que el cliente sea competente o presuma de tal. En cambio, en la asunción deliberada de riesgos no es necesario que el cliente sea competente, basta que asuma el riesgo con conocimiento de causa. Se trata de una culpa del cliente que causa el daño o contribuye a causarlo.

### **1.5.2.2 Las Variables que dependen de las circunstancias**

#### **1.5.2.2.1 La Gratuidad**

En ocasiones la gratuidad puede ser un factor de moderación de las obligaciones del profesional, pues en tal caso se dice que parecería que no obra como un verdadero profesional, toda vez que éste tiene un legítimo ánimo de lucro. Tal puede ser el caso del transporte benévolo, que en diversas legislaciones justifica el establecimiento de un régimen más flexible de responsabilidad para el porteador. Sin embargo, no puede afirmarse que éste sea un principio general, pues la gratuidad es con frecuencia un elemento indiferente para la evaluación de la responsabilidad.

#### **1.5.2.2.2 El Alea y la Urgencia**

El alea puede disminuir la responsabilidad del profesional o del proveedor de un producto siempre que haya sido conocido y aceptado por el cliente.

De manera general el factor aleatorio da lugar a que la obligación asumida por el profesional sea de medios, impidiendo así el surgimiento de una obligación de resultado.

Siguiendo esta línea de pensamiento nuestra jurisprudencia ha precisado que no puede considerarse que el médico incurre en error de conducta cuando aplica un procedimiento que es aún científicamente discutible<sup>76</sup>. Igualmente ha sostenido la Corte que la responsabilidad médica no puede evaluarse de manera rigurosa y estricta, debiéndose respetar el criterio profesional, pues, de lo contrario, el médico no se atrevería a actuar por temor a sus responsabilidades, frenándose así la investigación científica y la búsqueda de nuevas terapias y soluciones<sup>77</sup>.

A un tratamiento similar da lugar la urgencia, pues ésta genera también un alea, de manera que puede contribuir a exonerar, al menos parcialmente, al profesional que deba actuar en tales circunstancias, que suelen estar próximas a la fuerza mayor.

#### **1.5.2.2.3 Los Usos**

También los usos y las reglas deontológicas de una profesión pueden morigerar las obligaciones de los profesionales. Así por ejemplo, se cita el caso de la jurisprudencia francesa que exoneró a un agente de finca raíz, pues estimó que según la costumbre no estaba obligado a medir personalmente la superficie exacta de un terreno que ayudó a vender.

Por el contrario la inobservancia de un uso profesional, o de una regla de deontología agravan la responsabilidad del profesional.

#### **1.5.2.2.4 La Apariencia**

<sup>76</sup> Sentencias de Casación Civil del 5 de marzo de 1940 y del 14 de marzo de 1942.

<sup>77</sup> Sentencia de Casación Civil del 5 de marzo de 1940.



Constituye otro criterio de flexibilización en la evaluación del comportamiento del profesional, toda vez que en el derecho actual la apariencia es, indudablemente una fuente autónoma de derechos y obligaciones.

Ha de tenerse en cuenta a este respecto que esta institución sólo opera en virtud de la “creencia legítima” de un tercero, lo que significa que las circunstancias pueden justificar la conducta de un profesional que, por ejemplo, no lleve a cabo ciertas verificaciones posibles, como sería exigir, de quien se presenta como mandatario de alguien, la exhibición de sus poderes.

### **1.5.3 Obligaciones de Profesionales en ciertos negocios específicos**

#### **1.5.3.1 Gestores de Inversión o de Portafolio (Les Gérants de Portefeuille)**

Entran en esta categoría los bancos, sociedades de bolsa y establecimientos financieros especializados en la administración de portafolios, a quienes se les aplican principalmente las reglas del mandato. En algunos países ciertas entidades gremiales recomiendan a los clientes de estos profesionales no otorgar mandatos generales, sino precisar la naturaleza de los títulos en que pueden hacerse inversiones y de los mercados en que el profesional puede intervenir.

Lo cierto es que, usualmente, el administrador de portafolio tiene los más amplios poderes, pues el cliente que con frecuencia es un profano en aspectos financieros, deja enteramente en manos del experto las decisiones de inversión, por entender que de esta manera asegurará una mejor rentabilidad sin afectar la seguridad de la colocación.

La jurisprudencia señala que si el cliente deja por completo en cabeza del profesional la adopción de las decisiones de inversión, aquel pierde la posibilidad de impartir instrucciones, o de dar órdenes o consejos al especialista, de manera que si el cliente interfiere en la administración, el profesional será exonerado de responsabilidad por los malos resultados que se deriven de haber cumplido las órdenes impartidas por el cliente. En este sentido la doctrina cita diversas decisiones judiciales que reiteradamente han aplicado este tratamiento<sup>78</sup>.

La doctrina considera que dentro de las obligaciones del administrador de portafolio, éste debe ante todo informarse de los deseos y propósitos de su cliente e ilustrarlo sobre las posibles inversiones y la distribución de las mismas. Igualmente advertirle de los riesgos previsibles que se están tomando y prevenirlo acerca de las circunstancias adversas que podrían sobrevenir. Con todo, esta labor de información y consejo depende de la competencia, idoneidad y experiencia del cliente, o del hecho de que negocie con el profesional con la asesoría de otro experto<sup>79</sup>.

Tratándose de un mandatario, el administrador de portafolio debe actuar dentro del marco de sus poderes, buscando siempre las mejores alternativas para su cliente, evitando operaciones especulativas. Debe mantener informado a su mandante y rendirle cuentas de su gestión.

En cuanto a la responsabilidad del administrador, los comentaristas explican que, en razón de la naturaleza aleatoria inherente a toda colocación de dineros, el contrato de administración de portafolio genera una obligación de medios, pues el gestor no se obliga a producir determinados beneficios, sino a administrar lo mejor posible los recursos de su cliente, acudiendo al consejo de analistas financieros. Sin embargo, comprometerá su responsabilidad si asume riesgos anormales<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> M. Storck. L'activité de Gestion de Portefeuille, 1990. 191

<sup>79</sup> P. Le Tourneau. op. cit. N° 2291.

<sup>80</sup> M. Storck. op. cit. N° 191

De manera excepcional se admite que el administrador será deudor de obligaciones de resultado, cuando éstas no tengan un contenido aleatorio y versen sobre meros aspectos técnicos.

La doctrina señala que el cliente que ha otorgado un mandato para la administración de sus recursos no está obligado a vigilar minuciosamente la evolución de su cuenta, ni a reaccionar de inmediato a la recepción de los extractos e informes que le envíe el profesional, a menos que éste le advierta de algo especial.

La jurisprudencia ha admitido cláusulas de exoneración de responsabilidad del administrador de portafolio, a condición de que éste las acepte y sin relevar al profesional de la obligación de emplear todos los medios razonables a su alcance para lograr una gestión eficaz de los recursos de su cliente<sup>81</sup>.

### **1.5.3.2 Sociedades Bursátiles**

En el derecho de la Comunidad Europea, las sociedades de bolsa pueden actuar como administradores de portafolio. En principio estas sociedades no deben inmiscuirse en los negocios de quien les da las órdenes, de manera que no están llamadas a evaluar la conveniencia ni la oportunidad de las transacciones que se les encargan. Tampoco tienen la obligación de aconsejar a su cliente, a menos que éste se lo solicite, o en caso de que se presenten circunstancias particulares, como la recepción de una orden totalmente inusual, o el carácter notoriamente especulativo de una operación que pretenda llevar a cabo un cliente neófito. Aún así la sociedad de bolsa no será responsable si el cliente, una vez advertido de los riesgos, insiste en la transacción<sup>82</sup>.

En Colombia, por el contrario, las disposiciones sobre mercado de valores imponen a los corredores de bolsa una obligación de información y asesoría. En efecto, la Ley 45 de 1990, en su artículo 7º literal H, señala, dentro de los servicios de los comisionistas de bolsa el “prestar asesoría en actividades relacionadas con el mercado de capitales”. En la Circular Externa N° 10 de 1991, de la Superintendencia de Valores se lee:

“... las sociedades comisionistas, en su calidad de mandatarios profesionales, tienen una obligación de asesoría frente a sus clientes. Esta circunstancia implica que cuando el comisionista recibe una orden de venta o de compra de un determinado valor, debe informar a su cliente sobre los elementos que un inversionista razonable tendría en cuenta al momento de tomar una decisión de inversión. Así, por ejemplo, el intermediario debe informar a su cliente sobre la situación del mercado, el valor intrínseco de la acción, las utilidades que han obtenido la sociedad por acción, y demás criterios técnicos adecuados”.

En igual sentido, la Circular Externa 12 de 1995 establece que, dentro del deber de asesoría de las sociedades comisionistas, en desarrollo del contrato de comisión, deben dar a conocer a sus clientes cualquier acto que sea objeto de información eventual.

La Resolución 1.200 de 1995 precisa las obligaciones de las sociedades comisionistas de valores y para tal efecto describe las reglas de conducta que deben adoptar en cumplimiento de su función de intermediación. En tal sentido, respecto de las operaciones de asesoría en el mercado de capitales y administración de portafolios de inversión, la Resolución puntualiza que estas sociedades deben abstenerse de “preparar, asesorar, o ejecutar órdenes que según su criterio profesional y de acuerdo con la situación del mercado, puedan derivar en un claro riesgo de pérdida anormal para el cliente, a menos que, en cada caso, éste dé por escrito autorización expresa y asuma claramente el riesgo respectivo”. (artículos 1.1.3.1 literal e.5 y 1.1.3.4 literal a.)

<sup>81</sup> La Doctrina cita a este respecto la Sentencia del Tribunal de París del 23 de septiembre de 1993.

<sup>82</sup> A. Leborgne, Responsabilité Civile et Operations sur le Marché Boursier, 1995, 261.

### 1.5.3.3 El Banquero Mandatario

Para efecto de ciertas operaciones encomendadas a los Bancos, éstos han de observar las órdenes impartidas por sus clientes y no deben inmiscuirse en las decisiones de éstos, ni indagar sus razones para llevar a cabo tales operaciones. Estos principios han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia de países europeos para exonerar de responsabilidad a banqueros que se limitaron a cumplir las instrucciones de sus clientes.

Sin embargo, el principio de no interferencia no releva al banquero de su deber de vigilancia, ni de la obligación de dar consejo a su cliente, consideraciones estas que han sido tomadas en consideración para declarar responsables a banqueros que han aceptado, sin reaccionar, llevar a cabo operaciones “manifiestamente irregulares, o inusuales en la práctica comercial”<sup>83</sup>.

Dentro del marco de la legislación de la Comunidad Europea, los bancos pueden actuar como mandatarios para administrar cuentas de valores mobiliarios de sus clientes. Deben en estos casos, igualmente, ejecutar las órdenes que les sean impartidas, pero tienen la obligación accesoria de informar a sus clientes sobre las operaciones encomendadas, en particular respecto de los riesgos previsibles de transacciones especulativas. Sin embargo, se ha reconocido que no tienen el deber de conocer y transmitir a su cliente los eventos que puedan afectar las operaciones de las sociedades que emiten títulos objeto de las transacciones, ni del riesgo de oscilaciones de los tipos de cambio de las divisas. No obstante, la doctrina reitera que el grado de información que debe suministrar el banquero depende de la experiencia, conocimientos e idoneidad de su cliente en el campo de las inversiones o de las colocaciones de dinero<sup>84</sup>.

## 1.6 Análisis de las circunstancias del caso en relación con las Inversiones Temporales.

Dentro de las pretensiones formuladas por la parte convocante las más importantes se basan en el alegado incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Fiduciaria en relación con la realización de las Inversiones Temporales.

A este respecto debe recordarse que el objeto del Contrato N° 58 de 1994 versa sobre la “Administración, inversión y pago” de los recursos del subsidio, en tanto que en los Contratos N° 66 de 1995 y N° 34 de 1996 se previó que sus respectivos objetos consistían en la “administración y pago” de los recursos del subsidio.

A pesar del mayor alcance del objeto del Contrato N° 58 de 1994, ya que en él se incluyó, a diferencia de los otros dos contratos, la “inversión” de los dineros, lo cierto es que en los Contratos N° 66 de 1995 y N° 34 de 1996 también se pactó que la Fiduciaria debía invertir temporalmente los recursos del subsidio (Cláusula 8° N° 1 de ambos contratos).

En desarrollo de esta prestación los contratos contienen las siguientes pautas.

La Fiduciaria deberá “invertir temporalmente los recursos ... con sujeción al régimen de inversiones que para el efecto establezca la Junta Administradora del Fideicomiso ... atendiendo criterios de seguridad y rentabilidad” (Cláusula 8ª N° 1 del Contrato N° 58 de 1994.)

Por su parte en los otros dos contratos se convino:

<sup>83</sup> P. Le Tourneau. op. cit. N° 2525.

<sup>84</sup> J. Vezian. La Responsabilité du Banquier, 1984.

La Fiduciaria deberá invertir temporalmente los recursos ... en corporaciones de ahorro y vivienda, bancos o establecimientos de crédito... Así mismo, realizará inversiones que le sean ordenadas por el Fideicomitente a través de la Junta Administradora del Fideicomiso ... atendiendo criterios de seguridad y rentabilidad” (Cláusula 8ª N° 1 de los Contratos N° 66 de 1995 y 34 de 1996).

En relación con esta obligación los tres contratos contienen otras previsiones idénticas, en las cuales se establece que la Fiduciaria debía “recomendar a la Junta Administradora del fideicomiso, de acuerdo a su conocimiento específico sobre el manejo de las inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo (Cláusula 8ª, N° 22 del Contrato N° 58 de 1994 y Cláusula 8ª, N° 20 de los otros dos contratos).

Para este efecto se dispuso que la demandada debía “tener en cuenta que la ejecución del presente contrato estará orientada por la Junta Administradora del fideicomiso ...” (Cláusula Décima Tercera de los tres contratos).

Para la debida prestación de los servicios se contempló, igualmente, que la Fiduciaria debía “poner a disposición del Fideicomitente toda su experiencia, conocimientos, medios técnicos, logísticos e institucionales” (Cláusula 8ª, N° 10 del Contrato N° 58 de 1994; y Cláusula 8ª, N° 7 de los otros dos contratos), así como “realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad del presente encargo” (Cláusula 8ª N° 8 de los otros dos contratos).

La entidad convocante le endilga a FIDUAGRARIA haber incumplido los tres contratos, al “no ejecutar sus labores asesoras con criterios de profesionalismo y prudencia” y por “efectuar Inversiones Temporales (o por administrar los dineros) sin observar los criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que -como lo reconoce el INURBE- las colocaciones efectuadas en el sector financiero, esto es, en Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Bancos y demás establecimientos de crédito, no presentaron problema alguno, pues fueron reembolsadas en los términos estipulados. Por tanto, los inconvenientes se refieren a colocaciones o inversiones efectuadas en otras entidades, particularmente en cooperativas, en el lapso comprendido aproximadamente entre Octubre de 1996 y los primeros días de Marzo de 1997, operaciones estas que, según las previsiones contractuales, debían llevarse a cabo con sujeción al “régimen de inversiones” que adoptara la Junta Administradora del Fideicomiso (Contrato N° 58/94) o que ordenara el Fideicomitente a través de dicha Junta (Contratos N° 66/95 y 34/96), y en todo caso atendiendo criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez.

Recuérdese que, según la legislación vigente aplicable a los negocios fiduciarios estatales, y a la fiducia de inversión, corresponde privativamente a las entidades públicas adjudicar los contratos que deban celebrarse en desarrollo de encargos fiduciarios o de fiducias públicas. Así mismo, a las sociedades fiduciarias les está prohibido asumir posición propia, o garantizar rendimientos en operaciones de inversión, de suerte que solo pueden contraer obligaciones de medio. En concordancia con estas disposiciones, en los tres contratos se redujo el margen de maniobra de la fiduciaria respecto de las Inversiones Temporales, pues no gozaba de discrecionalidad alguna, ni tenía poder decisorio, toda vez que las determinaciones sobre inversiones o sobre colocaciones correspondía adoptarlas al Fideicomitente, para lo cual debía impartir órdenes a través de la Junta Administradora del Fideicomiso o, establecer pautas mediante un reglamento de inversiones, dictado también por esa Junta, que la Fiduciaria debía observar puntualmente.

No pudiendo entonces decidir la Fiduciaria las inversiones y colocaciones de los recursos recibidos, sus obligaciones profesionales consistían en dar información y consejo al INURBE para que éste tomara las determinaciones correspondientes en

concordancia con los criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez expresamente plasmados en los contratos.

### **1.6.1 Los Criterios básicos que deben observarse**

Según lo expuesto anteriormente sobre las constantes de las obligaciones profesionales, ha de admitirse que el deber de información es un elemento de la naturaleza de los contratos de los profesionales, de manera que se entiende pertenecerle a ellos, así no se pacte expresamente- según lo previene el artículo 1.501 del Código Civil- por cuanto se trata de una prestación fundamental y la más importante de las obligaciones de lealtad a cargo del profesional, lo que ha llevado a la jurisprudencia a entenderla tácitamente incorporada y, por ende, implícitamente asumida por los profesionales.

En cambio, la obligación del consejo o asesoría no se presume, de suerte que de no establecerla la ley, las partes deben estipularla, como lo hicieron en los tres contratos que nos ocupan, en los cuales se estableció que la Fiduciaria debía “recomendar ... de acuerdo a su conocimiento específico sobre manejo de inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo”.

Ahora bien, para determinar el alcance y contenido de las obligaciones de información y consejo a cargo de FIDUAGRARIA, recordemos las pautas establecidas en torno a estas prestaciones en el derecho comparado, según se explican precedentemente, de las cuales podemos extraer los criterios que a continuación se precisan, que a juicio del Tribunal son aplicables en este caso.

En efecto, se dejó dicho que la información que suministre el profesional ha de ser inteligible para el cliente, así como exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate.

Para cumplir esta prestación, el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información, para lo cual debe solicitar del cliente las precisiones sobre su situación, e indagar acerca de lo que quiere y necesita.

El cabal cumplimiento de este deber exige al profesional que manifieste a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los servicios o del encargo que se le encomiendan, así como subrayar los riesgos que conllevan las transacciones que se proyectan, de suerte que el cliente debe ser advertido de los peligros que afronta y de la forma de evitarlos, lo que significa que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo incluso, en casos extremos, rechazar la tarea que se le propone, cuando considere que está destinada al fracaso.

En cuanto a la obligación de consejo, también llamada de asesoría, la doctrina señala que tiene un mayor contenido obligacional que la mera información y demanda del profesional suministrar opiniones fundamentadas sobre las materias objeto de su labor, con el fin de ilustrar al cliente respecto de las distintas alternativas con que cuenta y de orientarlo en sus decisiones y escogencias, todo lo cual ha de estar enderezado a incitarlo o a tratar de persuadirlo para que adopte la solución que parezca más conveniente para él.

Estos dos deberes se complementan con otro implícito, que es el deber de vigilancia -connatural a las obligaciones de prudencia y diligencia, es decir a las obligaciones de medio- pues éste exige del profesional estar atento o vigilante, para anticipar, razonablemente, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones desfavorables o el cambio de tendencia de los mercados y negocios. Este deber también demanda del profesional reaccionar de manera diligente frente a encargos que sean manifiestamente irregulares, anormales e inusuales en la práctica comercial.

De otra parte, de los principios planteados por la Doctrina y la Jurisprudencia puede deducirse que las obligaciones de información y consejo, aunque sin desaparecer por completo, tienen un contenido inversamente proporcional al conocimiento, experiencia e idoneidad del cliente, de manera que serán más intensas si este último es un profano o neófito completo en las actividades de que se trate. Pero esa intensidad irá disminuyendo en la medida que el cliente vaya teniendo determinada formación y ciertas vivencias en el mismo campo, hasta llegar al cliente que es también una persona versada plenamente en el mismo ramo, que tiene los conocimientos necesarios para tomar determinaciones con todos los elementos de juicio, a quien el profesional se limitará a formularle sucintamente ciertos comentarios o a darle algunas informaciones especiales que estime procedentes. Este sería el caso del Vicepresidente Financiero de una empresa multinacional, que recurre a un profesional para que invierta en determinados bonos o acciones, o para que haga ciertas colocaciones en instituciones financieras específicas. Ese cliente conoce perfectamente los mercados y las compañías que en ellos intervienen, de suerte que el profesional tiene poco para informarle o para aconsejarlo o para prevenirlo, pues se trata de un iniciado o experto como él.

Por estas razones la Jurisprudencia y la Doctrina estiman que el profesional cumple sus deberes de información y consejo cuando el cliente tiene los datos, opiniones y evaluaciones pertinentes, bien porque el profesional mismo se los haya suministrado, o porque el cliente disponga de ellos por otros medios, como puede ser su propia formación o experiencia.

A este respecto se dice que el cliente también debe obrar con diligencia para ilustrar al profesional respecto de sus condiciones especiales, las necesidades que quiere satisfacer y los propósitos que persigue. Con igual acuciosidad debe actuar para obtener él mismo, en la medida de sus capacidades, las informaciones que sean indispensables para tomar acertadamente decisiones.

Como se explicó, el cliente puede haber recibido la información con base en sus propios antecedentes, por ejemplo, si ha tenido en el pasado relaciones contractuales similares con el mismo profesional, o si se ha visto colocado en circunstancias semejantes.

Lo propio ocurre si el cliente cuenta o dice contar con personal calificado en la misma actividad; o si acude a contratar o a tratar con el profesional acompañado de expertos que le asesoran. La misma situación se predica del cliente que se presenta como un especialista, o si se comporta como tal, es decir, si aparenta tener los conocimientos suficientes.

En todos estos casos, la doctrina coincide en afirmar que es inoficioso informar y aconsejar al cliente que también es un profesional, o que dispone ya de los datos y opiniones, pues tales tareas devienen redundantes e inútiles en consideración de los conocimientos, la experiencia o de las demás ayudas con que cuenta el cliente.

En estos eventos, entonces, el profesional cumplirá las prestaciones de información y consejo con el suministro de los datos más recientes o novedosos, o con la formulación de opiniones sobre ciertos aspectos muy particulares, en el entendido que, por lo demás, el cliente cuenta ya con todos los elementos de juicio.

Con estas precauciones, el profesional podrá proceder a cumplir las órdenes e instrucciones de su cliente, sin que el resultado desafortunado de las mismas le pueda ser imputable, toda vez que el cliente decidió con pleno conocimiento de causa.

En forma complementaria, en el campo específico de la administración de inversiones o manejo de portafolio, la doctrina reconoce que es frecuente que los clientes, usualmente profanos en materia financiera, otorguen al experto profesional los más amplios poderes para que éste tome las decisiones de inversión, hipótesis en la cual

aquellos pierden la posibilidad de impartir instrucciones o de dar órdenes al especialista. Con todo si el propio cliente interfiere y es él quien toma las determinaciones, el profesional será exonerado de responsabilidad por los malos resultados que se deriven de haber cumplido las órdenes impartidas, siempre que haya informado y prevenido al cliente sobre los riesgos de su decisión, pues una vez esta sea tomada de manera reflexiva, el profesional no debe inmiscuirse más en los negocios y determinaciones de su cliente.

Desde luego que si la orden del cliente versa sobre una operación totalmente inusual, notoriamente especulativa y por tanto particularmente arriesgada, y es dada por un cliente neófito e incompetente, el profesional debe desplegar mayores esfuerzos para informarlo debidamente y para tratar de convencerlo de desistir de esa transacción.

Junto a la interferencia del cliente se encuentra la aceptación deliberada de un riesgo por parte de éste, hipótesis que ocurre cuando un cliente, a pesar de no ser competente en la materia de que se trate, luego de haber recibido las informaciones y advertencias pertinentes, decide asumir calculadamente los riesgos de una operación, evento en el cual el profesional queda también liberado de responsabilidad.

De lo anterior surge un criterio de especial importancia, en el sentido de que en últimas el cliente, como dueño del negocio que es, es el verdadero y único juez de su propia conveniencia, de manera que es a él a quien incumbe tomar la decisión correspondiente, la cual una vez adoptada debe ser acatada por el profesional de manera estricta, sin tratar de torcer o de frustrar la voluntad de su cliente, y sin que con ese acatamiento comprometa su responsabilidad. Lo importante es que esa voluntad se haya formado de manera reflexiva, calculada, esto es, deliberadamente, con apoyo en informaciones y opiniones pertinentes, con el análisis de las alternativas posibles, así como con los datos, la evaluación de riesgos y vicisitudes previsibles, y con la percepción de los pros y contras de las distintas soluciones. El profesional, según el alcance de sus prestaciones, debe actuar con diligencia y acuciosidad para dotar a su cliente de los elementos de juicio de que carezca para que así disponga de todos los instrumentos de ponderación antes mencionados para la adopción de una determinación acertada y adecuada a sus necesidades y metas. Si con tales instrumentos el cliente opta por una determinada vía, el profesional debe respetar su decisión y ha de poner todos los medios razonables a su alcance para cumplirla en cabal observancia de sus instrucciones, por cuanto el profesional igualmente está llamado a observar el principio de no interferencia o de no injerencia abusiva o intempestiva en los negocios y en las determinaciones de su cliente, cuanto este es una persona avisada y advertida.

Pero también existe la otra cara de la moneda, en la cual, según la doctrina, el profesional debe rechazar el encargo que considere destinado a un fracaso inminente. No se trata de obligar al profesional a que sólo realice los encargos que le gusten, o en los que tenga opiniones coincidentes con su cliente, pues en respeto de las decisiones de este que es el último juez de su propia conveniencia, bien puede también llevar a cabo las tareas que no le gusten, o que le parezcan inadecuadas, riesgosas o inoportunas, siempre, eso sí, que haya prevenido suficientemente al interesado.

Por tanto, la obligación de rechazar el encargo ha de entenderse como una situación extrema, en la que el profesional, a pesar de haber dado las informaciones y fundamentado sus opiniones para tratar de hacer desistir a su cliente de un negocio a todas luces inconveniente, o altamente especulativo y arriesgado, no logra convencerlo, porque en razón de su ignorancia, este no tiene la capacidad para entender las admoniciones y advertencias o porque se obstina en darle prevalencia a la suerte desmedida, a las premoniciones infundadas o a la superstición. Pero la regla general es que el cliente con una formación media, que recibe información y consejo en términos inteligibles para él, y de manera suficiente y razonada, releva de responsabilidad al profesional que cumple sus instrucciones y respeta la decisión tomada después de un

análisis ponderado de la situación y con apoyo en los elementos de juicio necesarios y disponibles.

Cada vez que, de acuerdo con las previsiones y las advertencias del profesional la operación encomendada resulte en efecto lesiva, frustrada o de cualquier otra manera desafortunada, no puede decirse *ex post facto* que el único comportamiento diligente y razonable del profesional hubiere sido el de rechazar el encargo, a pesar de haber cumplido a cabalidad sus deberes de información, consejo y vigilancia. Eso sería hacerle asumir los riesgos de un negocio ajeno que no le corresponden, pues no hay ningún reproche que formularle, por cuanto es el propio dueño, avisado y advertido quien toma la determinación y asume los riesgos inherentes a ella.

La jurisprudencia arbitral ya se ha referido a los inconvenientes e injusticias que pueden derivarse de evaluar a posteriori las decisiones de los hombres de empresa, en este caso los profesionales, sin que los jueces traten de colocarse en las circunstancias imperantes en el momento en que se toman. A este respecto se ha dicho:

“Por lo demás, el Tribunal es de la opinión de que debe obrar con especial tino y cautela en la calificación de la forma como obró la actora al otorgar el crédito, pues es necesario preservar el margen de maniobra y discrecionalidad que tienen los administradores de negocios para decidir realizar ciertas transacciones, o para prescindir de otras, o tomar determinados riesgos económicos. No es por tanto conveniente tratar de deducir responsabilidad -Ex post facto- por el mero hecho de que a la postre una decisión resulte equivocada o un negocio genere pérdidas. Estos resultados negativos sólo podrán ser fuente de responsabilidad en la medida en que los administradores en cuestión no tengan la idoneidad o la experiencia para evaluar las circunstancias imperantes, o actúen sin recaudar la información usual o sin hacer las indagaciones normales o sin efectuar los estudios y análisis que habitualmente se llevan a cabo para la clase de negocios de que se trate.

En otras palabras, los árbitros no pueden sustituir, con su propio criterio -formado a posteriori, en un ambiente calmado y desprevenido -el criterio de los administradores, ni su percepción particular, ni su sentido de la oportunidad, ni su “olfato” negocial, forjados al calor de un mundo económico agitado, en el que cada vez hay que tomar más decisiones contando con informaciones incompletas, con el agobio de una competencia voraz, con la necesidad de reaccionar con celeridad y con la presión de mejorar los propios estados financieros y con ello la rentabilidad de los accionistas. El administrador diligente será, entonces, el que logre encontrar un equilibrio entre la rapidez de sus decisiones y la seguridad de las mismas, pero esta última estructurada sobre las precauciones y análisis usuales normales, no especialmente onerosos, complejos ni dilatados, pues esto, aunque es teóricamente posible, no permite la vida actual de los negocios.

Los administradores deben tener la seguridad de que no serán responsables, a pesar de las malas decisiones y los malos negocios, en la medida en que hayan adoptado las precauciones y efectúen los análisis indicados, que se repite no han de ser minuciosos ni exhaustivos. La posición contraria generaría inmovilismo y el rechazo a tomar riesgos, que son connaturales a las actividades mercantiles y necesarios para el incremento de la rentabilidad, que es creación de riqueza”.<sup>85</sup>

Aquí debe reiterarse que los profesionales, como cualquier empresario, están para hacer negocios, no para rechazarlos, menos en un entorno de aguda y en veces desleal competencia. Pero como es obvio, hay negocios más arriesgados e inciertos que otros, de suerte que para no comprometer su responsabilidad el profesional debe, como condición previa y necesaria, tomar las precauciones aconsejables y evaluar los riesgos de las transacciones, utilizando para esas tareas precautelativas los instrumentos usuales, normales, y razonablemente al alcance de los hombres de su especialidad. En el caso que nos ocupa esas precauciones consistirán en informar y aconsejar a su cliente acerca de las circunstancias relevantes de las operaciones que

---

<sup>85</sup> Aparte del Laudo Arbitral proferido el 26 de agosto de 1997 en el proceso arbitral entre Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A.



proyecta, sus riesgos, peligros y posibles vicisitudes. Cumplidas estas labores en forma cabal y oportuna el profesional, como regla general, habrá del entender que ha observado adecuadamente sus deberes y podrá proceder a llevar a cabo las instrucciones de su cliente, sin que con ello resulte luego responsable por las consecuencias negativas de la operación encomendada.

Para ilustrar estas reflexiones puede traerse un ejemplo que no es de inusual ocurrencia, cercano a las vivencias profesionales en el campo del Derecho. En ocasiones empresas solicitan a su abogado externo evaluar las fortalezas y debilidades de una determinada acción judicial, con el fin de que señale en un porcentaje las perspectivas de éxito o fracaso, con la cual la Junta Directiva habrá de tomar la terminación de llevar adelante o no el proceso de que se trate. Es posible, como a veces acontece, que el abogado manifieste que las perspectivas de un triunfo no exceden de un 20 o 25%. Aún así se ordena iniciar la acción judicial por sentar un precedente, o por preservar una imagen, o en fin, porque se cree que el abogado ha sido muy conservador en sus apreciaciones y análisis. No parecería que dentro de la lógica de lo razonable, al profesional que se muestra escéptico sobre los resultados de la acción se le exija en este caso renunciar al poder como única forma de observar adecuadamente sus deberes de lealtad. Sería excesivo imponerle una regla de conducta que lo obligue a rechazar el encargo para que otro abogado más optimista se encargue de él. De nuevo hay que decir que lo esencial es que el profesional informe y aconseje de manera suficiente, oportuna y fundamentada a su cliente para que sea éste quien evalúe los riesgos de las eventuales decisiones y adopte finalmente la alternativa que juzgue conveniente, y asuma los riesgos que se desprenden de su determinación.

Así las cosas, se puede ser prudente, precavido y cuidadoso dentro de la acción, esto es, haciendo negocios y no rechazándolos, pues de aquellos viven las empresas y los profesionales. Se trata de la noción de prudencia entendida por Santo Tomás como una virtud consistente en ordenar en materia de acción, lo que ha sido previamente deliberado y decidido. En otras palabras la prudencia en este sentido es la capacidad de decidirse a actuar tomando riesgos calculados. El prudente es un hombre de acción.

### **1.6.2 La actuación de las Partes**

En autos aparece demostrado que para las colocaciones de dineros en las cooperativas que luego incumplieron su compromisos de reembolso, el INURBE instruyó puntualmente a la Fiduciaria para que hiciera tales operaciones y que frente a estas determinaciones FIDUAGRARIA junto con otras fiduciarias en varias ocasiones, y de distintas maneras, advirtieron acerca de los riesgos de tales transacciones, señalando que no se disponía de informaciones oportunas y confiables de las entidades del sector cooperativo, subrayando las debilidades de dicho sector, lo que generaba incertidumbre acerca de su solvencia y capacidad de cumplimiento, a tal punto que las propias fiduciarias no tenían cupo para realizar operaciones con dichas entidades.

Sin embargo, los voceros del INURBE reiteradamente manifestaron que el propósito deliberado era el de apoyar a las cooperativas, por ser estas entidades las que verdaderamente se ocupaban de promover la vivienda de interés social.

Para la debida demostración de estos asertos han de tenerse en cuenta las siguientes pruebas documentarias que obran en el proceso:

#### **1.6.2.1. Actas de las reuniones en las cuales participaban funcionarios del INURBE y voceros de las distintas Fiduciarias con las cuales el señalado Instituto tenía contratos.**

En orden cronológico, de las actas de estas reuniones que aparecen en el expediente caben desatacar los siguientes aspectos:

\* En la reunión sostenida el 19 de diciembre de 1994, el doctor Pablo Vallejo, Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE, manifestó que a este Instituto “le interesa más que todo una rentabilidad social y que en ese sentido se está trabajando con las corporaciones de ahorro y vivienda y con las cooperativas con el fin de apalancar créditos para viviendas de interés social y en este sentido el INURBE impartirá instrucciones a las Fiduciarias.”

\* En Acta de la reunión del 26 de enero de 1995 se lee lo siguiente:

“El doctor Pablo Vallejo plantea a los Representantes de las Fiduciarias la política del INURBE de apoyar a través de la inversión de recursos a aquellas entidades interesadas en financiar programas de vivienda de interés social. Este planteamiento generó, entre otros, las siguientes inquietudes por parte de las fiduciarias:

Los niveles de riesgo de liquidez y de solvencia, que presentan la mayoría de las cooperativas, no son comparables con los de los establecimientos de crédito donde se están realizando las inversiones (...)”

\* En el acta correspondiente a la reunión del 15 de agosto de 1995 se encuentra la intervención del doctor Octavio Galvis J. -Subgerente Financiero y Administrativo del INURBE- quien se refiere al Acuerdo 15 de 1995 relativo a las operaciones de apalancamiento de prestamos, y manifiesta que, a pesar de no estar vigiladas por la Superintendencia Bancaria -como lo exige el acuerdo para los intermediarios que participen en estas operaciones- “considera que las cooperativas son las entidades precisas para manejar estos créditos...”.

Anota, igualmente, que es muy difícil obtener de las cooperativas estados financieros y que no existe una política clara sobre garantías.

\* En acta del 6 de septiembre de 1995, el mismo doctor Octavio Galvis J. da cuenta de una reunión sostenida por el INURBE con doce cooperativas, con el fin de analizar el mencionado Acuerdo 15/95, puntualizando que el señalado Instituto les expresó la necesidad de controlar los créditos puente y les pidió más información sobre estados financieros. Agrega que “se van a fijar cuotas o cupos a cada cooperativa, los cuales serán determinados por el INURBE, bajo estos cupos se regirá la operación y sólo el INURBE dará autorización de desembolsos”.

\* En el acta de la reunión correspondiente al 4 de octubre de 1995 se hace referencia a una presentación hecha por el doctor Edgar Stand, nuevo Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE, quien dijo lo siguiente:

“El doctor Stand habla de la importancia de las Cooperativas, que son el canal para llegar a los beneficiarios de los subsidios y que es su interés seguir trabajando con estas entidades, para lo cual se están buscando mecanismos que disminuyan el riesgo y aumenten el control sobre los recursos manejados a través de ellas, como la celebración de contratos con firmas de auditoría.

“Solicita a las fiduciarias la recolección de información financiera y comercial de las cooperativas, y opiniones acerca de como se consideran sus estados financieros, para poder escoger las más sólidas y seguras para realizar este tipo de operaciones.

“La doctora Myriam Figueroa de FIDUAGRARIA sugiere que en el INURBE debe seguir indicando con cuales Cooperativas se deben celebrar este tipo de operaciones, el doctor Stand responde afirmativamente, siempre y cuando que la información base para tomar la determinación provenga de las fiduciarias.”

\* Como desarrollo de estos planteamientos se encuentra la Carta N° 2839 del 23 de febrero de 1996 dirigida por el INURBE a FIDUAGRARIA en la que se señala que

por decisión de la Gerencia General de ese Instituto, las Cooperativas aptas para recibir inversiones eran “las de Ahorro y Crédito vigiladas por la Superintendencia Bancaria o por el Dancoop”.

- \* En la reunión del 22 de mayo de 1996 el doctor Stand, Vicepresidente Financiero y Administrativo del INURBE, hizo precisiones del siguiente tenor:

“(…) Adicionalmente estableció que las inversiones que hagan las fiduciarias deben ser en títulos emitidos por establecimientos afines con el objeto social del INURBE, ya que una de sus funciones es impulsar la construcción de vivienda de interés social. Los portafolios que no guardan ninguna relación con la actividad del INURBE le generan a esta entidad problemas con la Contraloría y con el Tesoro Nacional, ya que aunque se busca buena rentabilidad, también se busca concordancia con el objeto social”.

- \* En el acta perteneciente a la reunión del 6 de julio de 1996 se señala que el doctor Pablo Vallejo -Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE- manifestó que “desde que empezaron las reuniones mensuales con las Fiduciarias ha solicitado y reiterado que los recursos se deben canalizar a través de:

“... 2.- Canalizar los recursos a través de las entidades que el Dancoop reconoce pertenecientes al sector solidario”.

“... 4.- En las entidades que el Gerente del INURBE indique, distintas de las anteriores.

“Cualquier entidad distinta de las anteriores debe estar plenamente autorizada por la Gerencia del INURBE.”

- \* La reunión del 28 de noviembre de 1996 reviste una especial importancia, pues en ella participó el doctor Armando Moncaleano Montoya, Gerente General del INURBE.

En esa reunión, según lo señala el acta correspondiente, las Fiduciarias plantearon su preocupación por el riesgo que se corría con las inversiones hechas en cooperativas, en razón de su capacidad de pago y de la rentabilidad de dichas operaciones. Se solicitó, igualmente, que el INURBE designara la Junta Administradora del Fideicomiso por cada uno de los contratos para que determinara los parámetros y políticas de inversión. Igualmente se sugirió que el INURBE impartiera “órdenes” de inversión, y no “autorizaciones”, pues las Fiduciarias no participaban en las decisiones de inversión.

Frente a estos planteamientos el Gerente del INURBE hizo una explicación en términos generales del Modelo Económico y la Política Integral de Vivienda, e hizo estas precisiones:

“(…) las Corporaciones de ahorro y vivienda cuentan con 700 mil millones que forzosamente tendrían que invertir en vivienda de interés social y no los están aplicando. La única forma como funciona la política de vivienda es por medio del sector cooperativo y el INURBE es consciente de su debilidad dentro del sector financiero que buscaba mediante el ahorro otorgar créditos a las familias. Para que las políticas del estado se cumplan el INURBE debe impulsar su desarrollo llegando por medio del sector solidario allí dando el sector privado no lo hace, conociendo de antemano la debilidad de las cooperativas. La Junta Directiva del INURBE ha recomendado establecer los mecanismos de control a fin de seguir entregándolos (...)”

“De otra parte el Gerente, está de acuerdo en buscar el mecanismo para nombrar la Junta Administradora del Fideicomiso o que la Gerencia delegue las funciones a la Subgerencia, decisión que se les comunicará a las fiduciarias para que así mismo en

los diferentes fideicomisos abran cupos al sector Cooperativo apoyando la labor del estado en la política del VIS y evitar impases como los que se han presentado del rechazo de las autorizaciones de inversión.

“El doctor Cesar Páez acota que dentro de la Junta las Fiduciarias tendrán voz pero no voto. Manifiesta que es un problema de índole jurídico.

“El doctor Alvaro Arango tomo la palabra para manifestar que el INURBE es quien toma (...) decisiones de inversión y entendido el objeto social del INURBE lo que preocupa a las fiduciarias es que en el futuro, debido a la debilidad del Sector Cooperativo un intermediario incumpla la redención de un CDAT y se entienda que en un proceso la fiduciaria tenga que asumir la responsabilidad”.

\* En la reunión de Marzo de 1997, cuando ya se sabía de incumplimientos de las cooperativas, de nuevo participa el Gerente General del INURBE, doctor Armando Moncaleano Montoya. El acta correspondiente contiene los siguientes apartes sobre su intervención:

“El doctor Armando Moncaleano Montoya saluda a los presentes y recuerda como en otras oportunidades, la responsabilidad del INURBE de apoyar al sector cooperativo en la ejecución de la política de vivienda de interés social, a sabiendas de ser un sector débil por cuanto apoya el crédito para la adquisición de VIS, para las personas con ingresos inferiores a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales lo cual se traduce en un apoyo a sector de la economía informal y en un gran porcentaje de la población laboral del país, ya que las corporaciones de ahorro y vivienda aunque deben destinar el 23% de sus colocaciones financieras en VIS, sin embargo, estas entidades financieras incumplen el precepto arriba citado.

“Es por esto que la Junta Directiva del INURBE desde hace varios años resolvió de una manera unánime e inequívoca apoyar a las Cooperativas que desarrollen programas de VIS, realizando Inversiones Temporales y efectuando convenios a 18 y 24 meses, que se adaptan al funcionamiento crediticio de las cooperativas.

“3.- Existe un claro enfrentamiento entre la política social y el sector privado; por cuanto para éstos no es atractivo el desarrollo de programas de vivienda de interés social, dado los riesgos que representa dicha cartera para la entidad financiera que coloque dichos recursos; mientras que el sector cooperativo asume la vanguardia en este tipo de créditos.

“También es cierto que el sector cooperativo requiere de un flujo de fondos a mediano plazo, para afrontar la colocación de cartera a un plazo prudencial, es por esto que el INURBE apoyó dicho sistema, sin embargo ante los incumplimientos presentados la Gerencia General ve con gran preocupación, toma la decisión de suspender transitoriamente cualquier inversión en cooperativas.

“4.- Frente a lo expuesto anteriormente el INURBE considera que como organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo debe consultar la continuidad de las políticas del VIS y el sector financiero que la apoya (...).”

#### **1.6.2.2      Actas de reuniones de la Junta Directiva del INURBE**

Las decisiones adoptadas por el señor Gerente General del INURBE y por el Subgerente Financiero y Administrativo, en el sentido de apoyar financieramente a las cooperativas, a pesar de su conocida debilidad económica, por ser un factor importante dentro de la política de vivienda de interés social, se enmarcan dentro de las pautas señaladas por la Junta Directiva del INURBE, presidida por el señor Ministro de Desarrollo, repartición administrativa a la cual la Ley 3ª de 1991 le asignó la función de dirección y coordinación del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social.

Nótese a este respecto que en el acta de la reunión de Marzo de 1997 que viene de transcribirse, el Gerente General del INURBE recordó que “la Junta Directiva ... desde hace varios años resolvió de una manera unánime e inequívoca apoyar a las cooperativas que desarrollen programas de VIS, realizando Inversiones Temporales,,,”

En concordancia con esta política en el expediente se encuentran numerosas actas de reuniones de la Junta Directiva del INURBE que dan cuenta de diversos análisis, tanto puntuales como generales, de aspectos relacionados con las inversiones en entidades del sector cooperativo, como un medio para vincular el sector solidario al Sistema de Vivienda de Interés Social.

En dichas actas se observa que desde 1991 -esto es, desde la expedición de la Ley 3ª del mismo año, la cual contempló a las cooperativas como instrumento de desarrollo de la vivienda social- se hicieron en la Junta Directiva claros pronunciamientos dirigidos a apoyar al sector solidario, mediante colocación de recursos a baja rentabilidad, como medio para vincularlo a las políticas de VIS.

En fechas más recientes se encuentran, igualmente, actas que reseñan los análisis efectuados por los miembros de la Junta Directiva respecto de la situación de entidades cooperativas específicas y otras que se refieren a aspectos de política general.

Dentro de estas últimas puede citarse, por ejemplo, el Acta N° 18 del 19 de Noviembre de 1995, en la que el Gerente General expresa su interés en mantener colocaciones en el sector solidario, e informa que se contrató una auditoría para controlarlas.

En particular se señala en el Acta que “El Gerente responde que el INURBE ha querido colaborar a las cooperativas e informa que se contrató una auditoría para el control de estas entidades, garantías que no son nada distintas a un pagaré.”

Frente a esta manifestación algunos miembros hicieron hincapié en la necesidad de exigir algunas garantías mínimas, lo cual fue aprobado.

\* En el Acta N° 4 del 27 de marzo de 1996 se señala que se analizó un informe presentado por el Gerente General quien propuso modificar el Reglamento de Créditos Puente para aumentar el número de cooperativas que podían tener acceso a los recursos, explicando al respecto lo siguiente:

“Para minimizar el riesgo se contempla que esos fondeos deben ser garantizados por las cooperativas y que en todo caso se evaluará previamente la situación financiera y el nivel de riesgo; agrega que por tercera vez es modificado este Acuerdo y precisa que el manejo de estas Cooperativas es altamente rentable desde el punto de vista del impacto social y de llegar con el crédito a la gente que realmente lo necesita. El INURBE tiene estas cooperativas bajo el control de una auditoría realizada por la firma ARTHUR ANDERSEN para que informe sobre el estado financiero de las mismas.”

El estudio encomendado a la firma Arthur Andersen que se ha mencionado en apartes anteriores, fue presentado en el mes de Marzo de 1996, mediante un documento denominado “Evaluación del Procedimiento de Apalancamiento Financiero de las Cooperativas”, en el cual se encuentran las siguientes conclusiones:

“Como conclusión de este trabajo recomendamos la eliminación gradual del procedimiento de Crédito Puente a través de cooperativas como mecanismo para financiar los programas de vivienda de interés social (...)”

“ANÁLISIS FINANCIERO: El objetivo de este análisis es evaluar el riesgo que corre el INURBE al apalancar Cooperativas para financiar Créditos Puente (...)”

“De las conclusiones anteriores se recomienda:

“Suspender nuevas operaciones de crédito puente con las Cooperativas Solidarios y Crear, dada su situación financiera y prestar especial atención a la Cooperativa Coopiantioquia, mediante seguimiento permanente a la evolución de sus indicadores financieros para tomar acciones oportunamente.

“Si INURBE considera prudente continuar trabajando con Cooperativas, es necesario efectuar permanente seguimiento a la evolución de los indicadores financieros establecidos en este documento. Recomendamos seleccionar entre las Cooperativas, las entidades que ofrezcan respaldo al INURBE y tomar la decisión de suspender nuevos créditos en aquellas cooperativas que muestren deterioro en sus indicadores”-

- \* El Acta N° 9 del 22 de octubre de 1996 indica que la Junta aprobó la colocación de recursos en Cooperativas de Usuarios y Ahorradores. De otra parte se analizó la situación de las colocaciones de dineros del INURBE que superaban 59.730 millones de pesos. Se sugiere también estudiar el estado de las cooperativas para garantizar las inversiones.
- \* En el Acta N° 4 de marzo de 1997 ante los incumplimientos ya presentados, se ordena la suspensión de inversiones en las cooperativas.
- \* Debe subrayarse que después de la recomendación de Arthur Andersen en el sentido de desmontar gradualmente las operaciones de crédito puente a través de cooperativas, en razón de los evidentes riesgos que afrontaba el INURBE, su Junta Directiva en varias sesiones ulteriores siguió ocupándose del análisis de la viabilidad de estas transacciones, debatiendo aspectos tales como riesgos y garantías, bien en casos particulares o bien para efectos de sentar pautas generales.

Fue así como en la citada reunión del 22 de octubre de 1996, Acta N° 9, la Junta Directiva aprobó la colocación de recursos del subsidio de vivienda en Cooperativas de Usuarios y Ahorradores. En esta misma sesión aprobó las solicitudes de apalancamiento financiero presentadas a su consideración por la administración del INURBE. Así mismo, como se dijo, el Gerente manifestó que en ese momento el INURBE tenía en el sistema cooperativo 59.730 millones y expresó su preocupación por las muestras recientes de debilidad del sistema.

Lo manifestado en esta acta, pone en evidencia que ya en Octubre de 1996, es decir, antes de la época en que se llevaron a cabo las colocaciones que resultaron a la postre impagadas, la Junta Directiva del INURBE tenía pleno conocimiento de la situación de debilidad del sector cooperativo y de la ausencia de información financiera confiable. Además, había sido prevenida por una firma experta como Arthur Andersen, contratada por el propio INURBE y después de haber adelantado una auditoría, de los riesgos que corría el Instituto y por ello dicha Firma había recomendado que se desistiera de las colocaciones en el sector cooperativo. Aún así, estas inversiones continuaron por autorización de la Junta Directiva.

- \* En el Acta N° 4 correspondiente a la reunión sostenida el 14 de marzo de 1997, en la cual participó el señor Ministro de Desarrollo y el Gerente General del INURBE, se precisa que este último presentó el Memorando 146 del 13 del mismo mes, en el cual aparecen los siguientes apartes:

“... De tener unas Inversiones Temporales de libre destinación, ha pasado el INURBE a apoyar directamente el sector de la vivienda de interés social. inicialmente, con los recursos disponibles en fiduciarias la entidad permitió que estas sociedades definieran el portafolio de inversiones de acuerdo a su conocimiento del sector financiero y tenían un importante incentivo para obtener la mayor rentabilidad, determinado por la comisión de su gestión fiduciaria pactada contractualmente, en

términos de un porcentaje de los rendimientos lo cual impedía que el sector de la vivienda fuera el destinatario de estos recursos.

“A partir del año 1995 en los contratos fiduciarios se estableció que las inversiones debían dirigirse a bancos, corporaciones o entidades financiadoras de vivienda de interés social.

“ (...) ”

“Con el objeto de imprimirle una función económica y social a la colocación de recursos de liquidez del INURBE y generar un efecto multiplicador para la política de vivienda, se ha pretendido dirigir la inversión al sector cooperativo por ser uno de los intermediarios financieros que más apoya los programas de vivienda de la población de bajo ingresos...”

“...Cuando la cooperativa actúa como intermediaria en una operación de crédito puente, es seleccionada por la entidad ejecutora del proyecto de vivienda y aceptada por el INURBE previo análisis de sus estados financieros. En los demás eventos, se selecciona de entre las solicitudes que recibe el INURBE, analizando su situación financiera su colocación de recursos de vivienda de interés social y consultando a DANCOOP.”

Así mismo, en el acta correspondiente al 4 de marzo de 1997, a la cual se adjuntó el informe anterior, se encuentran estas manifestaciones:

“Una vez presentado el informe por parte del Señor Gerente del INURBE, se pudo establecer que el monto de recursos del INURBE invertido en el sector solidario a la fecha es de \$55.511.000.000,00 aproximadamente.

Debido a que este es un monto importante de recursos, el Señor Ministro solicita se informe a la Junta sobre las garantías que respaldan estas inversiones. El Señor gerente responde que estas inversiones están respaldadas por títulos CDAT (Certificado de Ahorro a Término) y los créditos puente con el respaldo de los municipios.

“El Señor Ministro considera que los CDAT no son garantía suficiente y solicita se realice un estudio detallado sobre el portafolio de inversiones de las fiduciarias en el sector cooperativo, ya que los dineros del subsidio no pueden estar sujetos a ningún tipo de riesgo ... “

“Como medida preventiva el Señor Ministro solicita se detengan las inversiones hasta tanto no se tengan garantías reales ... “

### **1.6.2.3 Comunicaciones del gerente general del INURBE dirigidos al Ministro de Desarrollo**

Dentro de estas misivas cabe destacar las siguientes:

- \* Comunicación del 3 de Marzo de 1997 enviada por el Gerente General del INURBE al señor Ministro de Desarrollo Económico, en la que aquel presenta la composición de los recursos existentes en las fiduciarias y explica las acciones emprendidas para lograr el reintegro de los mismos. Este memorando se acompaña con un anexo que contiene el portafolio detallado por entidad receptora de los dineros, apareciendo allí los montos colocados en las entidades cooperativas.
- \* Con fecha 19 de Marzo de 1997 el Gerente General del INURBE dirigió al señor Ministro de Desarrollo el oficio 03092 del cual es del caso resaltar los siguientes párrafos:

“...De igual forma cabe precisar que periódicamente se realizan las Juntas Administradoras de los Fideicomisos del INURBE, en las cuales se imparten instrucciones sobre la ejecución de los contratos y se concretan aspectos jurídicos, que se consignan en actas de cada reunión.

...Con los excedentes de liquidez de los contratos fiduciarios se efectúan Inversiones Temporales, de acuerdo con las solicitudes ya sea de las mismas cooperativas que envían documentación o de las entidades destinatarias de las colocaciones. La Subgerencia Administrativa y Financiera produce un documento de autorización a la Fiduciaria una vez analizada la documentación enviada y hecha la selección de la inversión. Dicha dependencia igualmente autoriza los plazos y tasas de colocación.

...Nos hemos venido reuniendo con todas las cooperativas, sea que presenten o no atraso en la redención de los títulos y se les está exigiendo la constitución de garantías tales como aval bancario o hipotecaria.

...El INURBE analiza, en cada caso, los estados financieros de las entidades receptoras de los recursos, los cuales son aprobados por las entidades de control, Superintendencia Bancaria o DANCOOP, según corresponda.

...Adicionalmente, con cada una de las cooperativas que han incumplido, se han venido celebrando reuniones para analizar cada situación en particular. Para el caso de AVANCEMOS, existe ya, por gestión de esta Gerencia, una oferta de la cooperativa COOPERADORES, para asumir la deuda que tiene la primera de las citadas para con el INURBE y se han adelantado reuniones con la Junta Interventora y con el administrador designado por dicha Junta, buscando una solución al problema. Además, el INURBE constituyó apoderado para defender nuestros intereses.

...Atendiendo sus instrucciones, desde el pasado viernes 14 de marzo, se impartió la orden a la Subgerencia Administrativa y Financiera de suspender cualquier colocación o renovación de inversiones en el sector cooperativo.

Para finalizar encuentro necesario advertir que esta última medida, puede tener amplias repercusiones no solo en el sector cooperativo y por reacción en el INURBE, sino en la política de vivienda de interés social, en cuanto desde administraciones anteriores se les pidió su concurso para financiarla y hoy, ante una coyuntura de iliquidez, se produce un retiro masivo de recursos en el sector.

Para atender el pago de los subsidios existen \$48.000'000.000 en fondos comunes ordinarios de las fiduciarias, invertidos en papeles de inmediata liquidez emitidos por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, por lo que no existe razón para colapsar el sector cooperativo impidiendo la renovación de los títulos por un plazo que les permita superar la situación, previa constitución de garantías.

Tengo el firme convencimiento de que es el sector solidario el que ha permitido desarrollar importantes proyectos de vivienda social y el que ha propiciado que los hogares de menos ingresos tengan acceso al crédito y son estos principios y no otros, los que han gobernado mis actuaciones”.

#### **1.6.2.4 Comunicaciones internas del INURBE**

Se encuentran en el expediente varios memorandos dirigidos por el Gerente General del INURBE al Subgerente Administrativo y Financiero, en los cuales se autoriza específicamente a éste para hacer colocaciones en entidades cooperativas. Para ilustrar estas afirmaciones basta traer a colación las siguientes comunicaciones:

\* Memorando 0185 con fecha 12 de febrero de 1996, en el que el Gerente General se dirige al Subgerente Administrativo y Financiero, en los siguientes términos:



“Debido al cambio de normas para los apalancamientos financieros a través del sistema cooperativo, parece que muchos programas de vivienda con subsidio ya asignados por las Cajas de Compensación Familiar y el mismo INURBE, se encuentran paralizados por falta de crédito puente.

Con el presente me permito autorizarlo a continuar estos apalancamientos en el sistema cooperativo, en la misma forma en que tradicionalmente la ha venido haciendo el INURBE desde el año 1992...”

- \* Otra de las comunicaciones en mención es la del Gerente General al Subgerente Administrativo y Financiero, del 15 de mayo de 1996, con número de referencia 414, que concluye así:

“...Por lo anterior me permito autorizarlo a que deposite esta cantidad en Crear, una vez la Cooperativa cumpla sus vencimientos de apalancamiento anteriores”.

#### **1.6.2.5 Autorizaciones de Inversión**

La política trazada por la Junta Directiva del INURBE y puesta en ejecución por la Administración de este Instituto, se cristalizaba mediante documentos suscritos usualmente por el Subgerente Financiero y Administrativo y en ocasiones también por el Gerente General, denominados “Autorizaciones de Inversión”, en los que se instruía a la Fiduciaria para que procediera a hacer determinadas colocaciones, en entidades cooperativas puntuales y en condiciones de plazo y tasa de interés perfectamente predeterminadas.

En el proceso está plenamente demostrado, con apoyo en prueba documentaria y en testimonios, en especial de la doctora Consuelo Chacón, asesora externa del INURBE, que los funcionarios de este Instituto eran quienes negociaban y definían directamente con las cooperativas todas las condiciones de los créditos, tales como destinatario, tasas y plazos, luego de lo cual la Fiduciaria era instruida, a través de las “Autorizaciones de Inversión”, para que procediera a formalizar dichos acuerdos y a hacer los desembolsos correspondientes. Fue así como todas las transacciones llevadas a cabo con las cooperativas fueron previamente decididas por el INURBE, mediante autorizaciones impartidas en los siguientes términos:

Texto para la realización de la inversión original:

*“ INSTITUTO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA -  
INURBE*

*SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA  
DIVISION DE TESORERIA*

*AUTORIZACION DE INVERSION No.....*

*Santafé de Bogotá, D.C.,.....*

*Señores  
FIDUAGRARIA  
Ciudad*

*Apreciados señores:*

*La Subgerencia Administrativa y Financiera del INURBE imparte autorización para realizar la siguiente inversión:*

*FECHA DE AUTORIZACION  
FIDUCIARIA*

CONTRATO  
 FECHA DE CONSTITUCION  
 ENTIDAD EMISORA  
 TIPO DE INVERSION  
 PLAZO  
 TASA EFECTIVA  
 VALOR  
 VALOR EN LETRAS

OBSERVACIONES:

*Cordialmente,...”*

Texto para la prórroga de la inversión:

“INSTITUTO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA -  
INURBE

SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA  
DIVISION DE TESORERIA

AUTORIZACION DE INVERSION No.....

Santafé de Bogotá, D.C.,.....

Señores  
 FIDUAGRARIA  
 Ciudad

Apreciados señores:

De acuerdo a la solicitud de prórroga de la Inversión con Cooperativa..., me permito informarle que por decisión de esta subgerencia, esta se prorroga por ..... vez en las siguientes condiciones:

FECHA DE AUTORIZACION  
 FIDUCIARIA  
 FECHA DE CONSTITUCION  
 CONTRATO  
 ENTIDAD EMISORA  
 TIPO DE INVERSION  
 PLAZO  
 TASA EFECTIVA  
 VALOR  
 VALOR EN LETRAS

OBSERVACIONES:

*Cordialmente,...”.*

#### **1.6.2.6 Comunicaciones del INURBE ante el incumplimiento de las Cooperativas.**

Ante el incumplimiento de las cooperativas en el reembolso de los dineros colocados en ellas por FIDUAGRARIA, el INURBE les envió, en varias ocasiones comunicaciones del siguiente tenor:

- \* “1.- Esta Subgerencia autorizó las Inversiones Temporales de los recursos del subsidio, por medio de los Encargos Fiduciarios y con vencimientos determinados

contando con la seriedad en el cumplimiento de las redenciones, por parte de la Cooperativa que usted dirige.

2.- La actitud asumida por ustedes se traduce en un menoscabo de su imagen comercial y la de todo el sector Cooperativo.

3.- Se impartieron instrucciones a las Fiduciarias (Fidultra y FIDUAGRARIA) para que inicien los trámites Jurídicos tendientes a la recuperación de los recursos invertidos; si en el término de cuatro (4) días hábiles no han sido cancelados por su cooperativa”.

- \* Copias de las comunicaciones dirigidas a las cooperativas cuyo texto acaba de transcribirse, eran luego enviadas por el INURBE a FIDUAGRARIA con cartas remisorias que puntualizaban lo siguiente :

“En relación a su comunicación número ..... de ..... del año en curso, con relación a la devolución en dos oportunidades de los recursos invertidos en...., me permito remitir a usted oficio enviado a la Cooperativas en mención.

En consecuencia comedidamente le solicito se informe acerca de la situación planteada”.

- \* Después de los incumplimientos de algunas cooperativas, el INURBE convino directamente con ellas prórrogas al vencimiento de los títulos correspondientes. Así se observa, por ejemplo, en comunicación del 16 de enero de 1997 en la que se lee:

“Con fundamento en su comunicación .... de ..... relacionada con el título..... por valor....., me permito señalar que se acordó con la Cooperativa conceder una prórroga del título por ....días, autorización No. 029 - 97 la cual anexo a la presente...”

- \* Frente a los numerosos incumplimientos de las cooperativas el INURBE envió a FIDUAGRARIA la comunicación fechada el 28 de Febrero de 1997, en la que se encuentran estas manifestaciones relacionadas con las colocaciones en el sector cooperativo en general:

“...1.- Teniendo en cuenta que las cooperativas ... han incumplido ... en razón de su iliquidez temporal, esta Subgerencia luego de estudiar la situación ha tomado la decisión de prorrogar los títulos que anexo a la presente...”

“2.- No efectuar nuevas inversiones en cooperativas que presenten debilidades dentro del sector solidario ... “

- \* Esta prohibición de efectuar nuevas inversiones en cooperativas fue recogida luego en la circular 02990 del 19 de marzo de 1997, en la que se manifiesta que la Junta Directiva del INURBE en reunión del 14 de Marzo “dispuso suspender, hasta nueva orden, cualquier nueva operación o renovación de inversiones en el sector cooperativo”.

- \* Con todo, dicha prohibición absoluta tuvo muy breve vigencia, por cuanto en la circular 03229 del 21 de marzo de 1997 se dispuso lo siguiente:

“Según precisiones hechas por el señor Gerente General, doctor Armando Moncaleano Montoya, nos permitimos aclarar el oficio circular No. 02990 del 19 de marzo del año en curso, en el sentido de que las renovaciones o nuevas operaciones de inversiones no quedan suspendidas para los convenios, créditos puente o apalancamientos con el sector cooperativo otorgados con base en el Acuerdo 15...”.

### 1.6.2.7 Advertencias y reacciones de la Fiduciaria

Aparte de las informaciones suministradas y de las advertencias formuladas a los funcionarios del INURBE en las reuniones generales con las fiduciarias, la convocada dirigió diversas comunicaciones al señalado Instituto, reiterando sus dudas y escepticismo respecto de las operaciones que éste se proponía realizar.

\* A este respecto cabe mencionar la carta de Junio 20 de 1995 en la que se lee lo siguiente:

“En referencia a su comunicación SAGF N° 07529 del 7 de los corrientes, me permito comentarle que necesitamos conocer los nombres de las entidades del sector Cooperativo que de acuerdo con su análisis de riesgo considera viable constituir Certificados de Depósito a Término y demás títulos valores según los resultados del año inmediatamente anterior. Se trata que preseleccionemos entidades cuya situación financiera demuestre solidez para realizar este tipo de operaciones. Con su concepto previo sobre estas entidades procederemos a solicitar los estados financieros al DANCOOP.

A continuación la Fiduciaria le informa que la Junta Directiva de la misma había decidido asignar cupos a once entidades de crédito que financiaban proyecto de VIS, todos ellos del sector financiero.

\* Muy diciente es la Carta 2377, del 29 de febrero de 1996, enviada por la convocada al INURBE, en la que le resalta los motivos de inquietud respecto de las inversiones en el sector cooperativo y lo previene en el sentido de que esas transacciones serán hechas bajo la absoluta responsabilidad del fideicomitente.

En dicha comunicación se encuentran las siguientes puntualizaciones:

“En respuesta a su comunicación recibida el 27 de febrero de los corrientes, en la cual nos manifiesta que las inversiones con los recursos de INURBE pueden hacerse con las entidades del Sector Cooperativo vigiladas por DANCOOP, me permito hacer las siguientes precisiones:

“-El Sector Cooperativo es un sector naciente de la economía cuyos objetivos cumplen una función social. Los datos históricos representativos de éste, no permiten establecer el comportamiento financiero de muchas de las entidades afiliadas.

“-FIDUAGRARIA cumplirá con las instrucciones de inversión impartidas por el fideicomitente, en este caso el INURBE, las cuales están pactadas dentro del contrato suscrito para tal fin, debe realizarlas analizando primordialmente la seguridad y la rentabilidad que dicha inversión implica.

“-Dentro de los cupos que periódicamente son aprobados por la Junta Directiva de FIDUAGRARIA S.A. no están incluidas las entidades cooperativas con las cuales ha ordenado el INURBE realizar inversiones, toda vez que los títulos emitidos por ellos son de baja bursatilidad (es decir baja demanda) y no están inscritos en Bolsa.

“-De acuerdo con lo estipulado en las resoluciones 200 y 500 de 1995 emanadas de la Superintendencia Bancaria, los títulos valores que componen todos los portafolios administrados por las fiduciarias deben ser evaluados por riesgos de solvencia jurídica y de liquidez, lo cual incidiría negativamente para el portafolio del INURBE en el evento de que alguna de las entidades cooperativas presentaran inconvenientes en sus resultados financieros, circunstancias que conllevaría a realizar provisión contable con los recursos de INURBE, disminuyéndose el valor del portafolio inicial.

“Al realizar inversiones en entidades con las cuales no tenemos cupo asignado por orden del INURBE, implican la absoluta responsabilidad del fideicomitente en todo evento de riesgo, pudiéndose ver afectado el monto de recursos recibidos para el pago de subsidios.

“Esta Fiduciaria obrará de acuerdo con las instrucciones y autorizaciones que imparta el INURBE para cada caso específico; no obstante, sugerimos el estudio y análisis previo de los estados financieros tal como se ha definido en las reuniones de la Junta Administradora del fideicomiso, so pena de correr los riesgos que estamos señalando.”

- \* la Fiduciaria al recibir del Instituto “autorizaciones de inversión”, en siete (7) ocasiones le envió comunicaciones de advertencia, al Gerente General que se encuentran en el expediente. Todas estas comunicaciones *se refieren a operaciones puntuales y fueron enviadas con fechas 7 de Marzo de 1996, 16 de Abril de 1996, 17 de Octubre de 1996, 7 y 29 de Noviembre de 1996 y 7 de Febrero de 1997.*

Dichas comunicaciones, que se enviaron a lo largo del período en que se autorizaron las colocaciones que resultaron impagadas, tenían el siguiente texto:

“Reiteramos lo expuesto en nuestra comunicación 2377 del 29 de febrero del presente año, en donde manifestamos que las entidades cooperativas, con las cuales se realizaron las inversiones, no tienen cupo aprobado por la Junta Directiva de FIDUAGRARIA S.A. y por tanto las mencionadas operaciones son de absoluta responsabilidad del INURBE”.

- \* Llama la atención la Carta 2190 de FIDUAGRARIA del 23 de mayo de 1996, en la cual le manifiesta al INURBE:

“Dentro de las órdenes de inversión impartidas por el INURBE y recibidas por esta entidad, se realizó una inversión con CREAR COOPERATIVA por valor de MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$1.000.000.000.00). Causa inquietud que en el informe emitido por la Confederación de Cooperativas de Colombia, en donde aparecen las cincuenta y siete principales cooperativas del país a diciembre de **1995**, no se observa dentro de ese grupo la cooperativa mencionada en este numeral. (anexo fotocopia informe)”.

- \*Una vez se comenzaron a generar los incumplimientos de las cooperativas, FIDUAGRARIA dirigió al INURBE ocho comunicaciones poniéndole de presente esta situación, en los siguientes términos:

“Me permito comunicarle los incumplimientos vigentes hasta la fecha, de las obligaciones financieras, en que han incurrido varias entidades del sector cooperativo, para que se sirvan tomar las decisiones a que haya lugar a la mayor brevedad, así:  
.....”

- \* Cabe destacar el texto de la carta 3568 del 15 de enero de 1997 del Representante Legal de FIDUAGRARIA al Gerente General de INURBE. La fecha de este documento es significativa pues para esa época el INURBE ya había sido informado de incumplimientos por parte de las cooperativas pero aun así siguió ordenando colocaciones en las mismas hasta los primeros días del mes de Marzo de dicho año. La mencionada carta contiene los siguientes comentarios:

“En razón a la compleja y poco usual situación presentada en los últimos días, en donde se han visto afectados los intereses del Instituto y la imagen de FIDUAGRARIA debido al incumplimiento de obligaciones financieras por parte de algunas entidades del sector cooperativo, a continuación relaciono cada uno de los casos para que se

tomen los correctivos a que haya lugar, los cuales agradecemos nos sean comunicados por la misma vía, así: .....

.....Por lo antes expuesto, y toda vez que no han sido atendidas nuestras recomendaciones de inversión, en especial con el sector cooperativo, consideramos necesario replantear radicalmente el esquema, por ustedes utilizado, a nivel de inversiones, toda vez que, la ocurrencia de casos como los mencionados, inciden negativamente en nuestra gestión, no obstante estar cumpliendo estrictamente las instrucciones impartidas por el INURBE, en su calidad de fideicomitente, pudiendo ocasionarnos glosas y requerimientos provenientes de los entes de control que nos regulan y vigilan permanentemente, tales como las ....

... Por lo anterior, le solicito otorgarme una cita a la mayor brevedad, a fin de obtener una modificación a las cláusulas de los contratos que permitan la consagración de criterios definidos en cuanto al régimen de inversiones y una participación de la Fiduciaria en el control de la seguridad y liquidez de los mismos”.

\*En el mismo orden de ideas, a finales de Enero de 1997 FIDUAGRARIA reafirmó estas advertencias ya formuladas así

“En ocasión a la Autorización de Inversión ..... de la Subgerencia Administrativa y Financiera-División de Tesorería, para constitución de CDAT ....(valor)... con la Cooperativa....., no permitimos hacer las siguientes consideraciones:

1. Entidades del sector cooperativo están cruzando una situación financiera difícil y han incumplido compromisos a Entidades Financieras, así lo hemos manifestado con anterioridad en nuestros oficios 3568, 3525 y 3487.

2. Las Entidades Cooperativas ..... , han incumplido a FIDUAGRARIA S.A. Obligaciones financieras por los siguientes valores: .....

3. La estructura financiera de la cooperativas ..... a nuestra manera de evaluar no soporta el volumen de inversión autorizada por el INURBE.

Si analizados los puntos expuestos, consideran que debemos realizar la inversión, sírvanse ratificarnos su autorización.”

\*Así mismo, el 24 de junio de 1997 el representante legal de FIDUAGRARIA le dirigió una comunicación al Gerente encargado del INURBE a la cual pertenecen los siguientes párrafos:

“Con la presente nos referimos a los contratos citados al rubro, en desarrollo de los cuales se han efectuado inversiones en las entidades cooperativas ....., en cumplimiento de las instrucciones recibidas para el efecto del INURBE.

Como es de su conocimiento, ante la situación de incumplimiento registrada en el pago por parte de las entidades cooperativas receptora de recursos, en la (sic) últimas semanas se han venido adelantando conversaciones con los voceros de dichas entidades, en las cuales han intervenido el suscrito y los señores Gerentes General y Subgerente Financiero y Administrativo del INURBE, a objeto de procurar el esclarecimiento de la situación económica de tales entidades y presentación por parte de ellas de fórmulas concretas para el pago de los recursos colocados en las mismas por decisión del INURBE.

No obstante, dichas conversaciones no han rendido el resultado esperado, por cuanto hasta la fecha las referidas entidades cooperativas no han presentado al INURBE las propuestas de pagos ofrecidas, agudizándose así la anotada situación de incumplimiento.

En esta consecuencia, de la manera más atenta nos permitimos solicitarle una vez más a través de la Junta Administradora de los fideicomisos de la referencia se proceda por parte del INURBE, como titular de las referidas inversiones, a impartir a esta sociedad fiduciaria, a la mayor brevedad posible, las instrucciones relativas a los cursos de acción que en procura de la recuperación de los recursos invertidos hayan de adelantarse.

No sobra mencionar que la dilatación en la adopción de las decisiones a que haya lugar por parte del INURBE puede llegar a comprometer las posibilidades de recuperación de las inversiones realizadas, ante el riesgo de deterioro patrimonial paulatino al que en la actualidad se encuentra (sic) expuestas las entidades deudoras”.

\*En el mismo orden de ideas en las ocasiones en que FIDUAGRARIA recibió para el reembolso de CDATs cheques sin fondos de las cooperativas se dirigió al INURBE para informarle de tales hechos y reiterarle lo siguiente:

“El día .... esta Dirección recibió el cheque ..... de Coo..... por valor de ..... por redención de Certificado de ahorro a término expedido por Coo....., inversión ordenada por ustedes el cual fue devuelto en ..... ocasiones, ..... por la causal FONDOS INSUFICIENTES-CANJE, ocasionando con esto que la cuenta corriente del INURBE quedara en sobregiro al final del año.

Como en ocasión diferente anterior esta situación ya se había presentado, aunque con diferente entidad cooperativa, comedidamente solicito instruir a los tesoreros de esas entidades para que cumplan con los compromisos financieros adquiridos de tal forma que no se menoscabe su imagen y de paso no afectar el buen nombre, en este caso el nuestro, de las fiduciarias que cumplen con las órdenes de inversión impartidas por esa Subdirección”.

### **1.6.3 Evaluación del comportamiento de FIDUAGRARIA**

Con base en los criterios antes expuestos, elaborados por el derecho comparado, para la determinación del cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información y consejo a cargo de los profesionales, y a la luz de los documentos que vienen de analizarse, el Tribunal considera que el estímulo al sector cooperativo -a través de inversiones, colocaciones o créditos con recursos manejados por el INURBE, como instrumento para promover el sistema de vivienda de interés social, y difundir sus beneficios entre las clases más necesitadas- constituyó en su momento una política de Estado que por tanto fue o debió ser consciente y deliberadamente acogida y puesta en marcha, después de estudiar y sopesar sus ventajas e inconvenientes y de evaluar sus riesgos y vicisitudes.

Esa política de Estado se encuentra expresamente planteada en las actas y sus anexos de las sesiones de la Junta Directiva del mencionado Instituto, presidida por el señor Ministro de Desarrollo, cuya repartición administrativa tiene a su cargo, por mandato de la Ley 3ª de 1991, la dirección y coordinación del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, y la formulación de las políticas correspondientes. Por lo demás, en dichas actas se observa que la Junta Directiva analizó en varias oportunidades temas relativos a las garantías, riesgos, rentabilidad de las operaciones con las cooperativas, así como también la debilidad del sector solidario, y la carencia de información estadística y financiera confiable.

Esa misma política de Estado fue presentada y reiterada por el Gerente General del INURBE y por el Subgerente Financiero y Administrativo, en las reuniones generales mensuales que sostuvieron con los representantes de las Sociedades Fiduciarias, con las cuales se tenían contratos para el manejo de recursos. De esta manera, esos funcionarios pusieron en marcha la política trazada por la Junta Directiva, y le dieron ejecución puntual con cada operación que autorizaron, o, más propiamente, ordenaron.

Por ende, las instrucciones, tanto generales como específicas que impartieron, no fueron fruto del azar, del capricho, ni la ignorancia. Tampoco con ellas actuaron desprevenidamente, ni se arrogaron una función o derecho que no les correspondía. Por el contrario, sus órdenes no eran más que el resultado necesario y lógico de la política diseñada y en consecuencia perfectamente coherentes con ella.

Esto significa que ante FIDUAGRARIA -como profesional en el campo de los servicios financieros- no se presentó un usuario cualquiera, ni un profano o neófito en busca de un lazarillo que lo tomara de la mano para conducirlo por el intrincado mundo de las transacciones financieras. No. Se trataba de un cliente avisado y prevenido, que sabía perfectamente lo que quería y lo que buscaba del profesional. Por eso el margen de maniobra que se le dió respecto de las Inversiones Temporales fue tan reducido, por cuanto su criterio y discrecionalidad no tenían en la práctica mayor trascendencia, pues dependía siempre del parecer del INURBE para la definición de las colocaciones.

En la prueba documentaria analizada se aprecia claramente la evolución en el pensamiento del INURBE, que lo llevó a cambiar al Sector Financiero -especial Bancos y Corporaciones de Ahorro y Vivienda- como destinatario principalísimo de la colocación de sus recursos, por entidades del sector solidario, en especial cooperativas.

Las colocaciones en el sector financiero siempre fueron seguras y rentables y jamás presentaron problemas para su oportuno reembolso. Sin embargo, para el INURBE esas operaciones se volvieron inconvenientes por dos reproches que les formuló. El primero, porque las Corporaciones de Ahorro y Vivienda no destinaban a la vivienda popular los recursos a que estaban obligadas, pues se mostraban poco interesadas en financiar proyectos de esta naturaleza. Y el segundo porque las Fiduciarias, a decir de los funcionarios del INURBE, preferían estas entidades financieras para hacer las colocaciones, con la sola mira de incrementar sus comisiones por manejo de portafolio.

Para solucionar esta situación el INURBE llegó a la conclusión de que debía apoyar a las cooperativas, que sí tenían una genuina inclinación a promover la vivienda popular, y vio en ellas el medio para extender el beneficio del subsidio hasta las clases sociales con mayores penurias, para así tratar de ayudarlas a solucionar el agudo problema de la falta de una vivienda digna, según el mandato de la carta política.

Se llegó así al cambio de lo que había sido el esquema de inversiones y colocaciones, buscando en adelante una “rentabilidad social”, más que una mera rentabilidad financiera, como en varias ocasiones lo pregonaron expresamente los voceros del INURBE, para superar, con dicho argumento, las objeciones de las fiduciarias respecto de los riesgos que entrañaban las inversiones en el sector solidario.

Tratándose de una política de Estado ha de entenderse que para su análisis, evaluación y adopción debieron participar los expertos de las entidades públicas interesadas, así como las reparticiones administrativas pertenecientes al Sistema de Vivienda de Interés Social. Por ello, la Junta Directiva del INURBE acogió dicha política, la puso en marcha y la mantuvo a pesar de los riesgos y problemas engendrados por las inversiones en las cooperativas, que con frecuencia se debatieron en sus sesiones.

A este respecto es significativo el hecho que desde Marzo de 1996, es decir, desde antes de que se llevaran a cabo las colocaciones en las cooperativas que resultaron impagadas, la Junta Directiva recibió un estudio de la firma Arthur Andersen, fruto de una labor de auditoria adelantada en el sector cooperativo, en cuyas conclusiones se recomendó la eliminación del procedimiento de créditos puentes a través de cooperativas, o que en caso contrario se hiciera un seguimiento permanente a la evolución de los indicadores financieros, con el fin de hacer operaciones solamente con las cooperativas preseleccionadas, que no mostraran deterioro en sus indicadores. Ninguna de estas dos sugerencias se acogió y en cambio se llevó adelante la política



ya perfilada de ayuda a las cooperativas. Como puede observarse, las recomendaciones de Arthur Andersen se refieren a créditos puente. Para el Tribunal es claro que estas operaciones son distintas de las Inversiones Temporales efectuadas con los recursos del subsidio. Igualmente sabe que en uno y otro caso se trata de recursos distintos y provenientes de diferentes rubros del presupuesto nacional, así como que se manejaban por las Fiduciarias mediante contratos separados. Con todo, tanto las Inversiones Temporales, como los créditos puente que se realizaron con las cooperativas, son reflejo inequívoco de una misma política enderezada a respaldar financieramente al sector solidario.

Ahora bien, como voceros de esa política consolidada, y aparentemente irreversible, los funcionarios del INURBE -en especial el Subgerente Financiero y administrativo y en ocasiones el Gerente General- le salieron al paso de todas las objeciones planteadas por las Fiduciarias, así como a su escepticismo, reservas y advertencias frente a la aplicación de tal política. En efecto, fueron numerosas las ocasiones en que los representantes de las Fiduciarias en las reuniones generales hicieron hincapié en los riesgos que corrían las inversiones en el sector cooperativo. Fue así como señalaron que el sector solidario era débil, sin mecanismos eficientes de control y vigilancia, sin estadísticas confiables y sin que se dispusiera de estados financieros oportunos, por todo lo cual las Fiduciarias no contaban a las cooperativas dentro de sus clientes con cupos de crédito, muestra palpable de la desconfianza que tenían hacia ese sector. Por estas mismas razones FIDUAGRARIA le puso de presente al INURBE, en varias comunicaciones, que acataría sus instrucciones para llevar a cabo esas colocaciones, pero en el entendido de que lo hacía bajo la absoluta responsabilidad de aquel.

Así pues, el Tribunal se encuentra ante un Fideicomitente avisado y prevenido, que contó con todas las informaciones y demás elementos de juicio necesarios para tomar las decisiones que a la postre resultaron desafortunadas. Esas decisiones no fueron determinaciones aisladas, ni casuales, sino la resultante de una política de Estado redonda y consolidada, adoptada con la participación de las entidades del sistema VIS y con el apoyo de asesores externos.

Es claro que la adopción de esa política general conllevaba riesgos que ha de soportarlos quien la acogió. También es evidente que las Fiduciarias en general y FIDUAGRARIA en particular, previnieron al INURBE respecto de los problemas que podían surgir y le advirtieron acerca de las vicisitudes que habrían de afrontar las inversiones en las cooperativas. No obstante lo anterior, El INURBE prosiguió con su inquebrantable voluntad de ayuda al sector solidario, luego asumió calculada y deliberadamente los riesgos que conllevaba su determinación.

En igual sentido debe recordarse que para cada colocación, los funcionarios del INURBE negociaban directamente con las cooperativas las condiciones específicas de la operación, y una vez quedaban éstas definidas se las daban a conocer a FIDUAGRARIA para que esta procediera de inmediato a perfeccionar la transacción con la cooperativa en cuestión y a hacer el desembolso correspondiente. Esto significa que la Fiduciaria era mantenida al margen del análisis de la conveniencia y oportunidad de las operaciones, con lo que se le colocaba un obstáculo para cumplir sus deberes de información y consejo, que en tales condiciones parecen superfluos o prácticamente inanes, más aún por el hecho de que, aparentemente, el propio INURBE realizaba los estudios y análisis de los estados financieros de las cooperativas receptoras de sus recursos, como se indica en el informe del Gerente General presentado a la Junta Directiva el 14 de marzo de 1997. Esta interferencia del cliente en las tareas del profesional debe tenerse en cuenta en la evaluación de las conductas, pues este solo ha de ser responsable por aquello que se le deja hacer y no por lo que se le impidió cumplir a cabalidad.

En el alegato de conclusión el INURBE plantea un caso en que, según su opinión, se pone en evidencia que la Fiduciaria sí podía actuar de una manera efectiva, pues

reaccionó, “para enfrentar una instrucción de inversión improcedente de algún funcionario del INURBE.”

Se trata de la comunicación del 27 de enero de 1997, dirigida por el suplente del presidente de FIDUAGRARIA al Gerente General del INURBE, mediante la cual aquel se refiere a la Autorización de Inversión N° 043-97, impartida por la Subgerencia Administrativa y Financiera para la Constitución de un CDAT por mil millones en la cooperativa Codesnal, frente a lo cual la Fiduciaria manifiesta que “entidades del sector cooperativo están cruzando una situación financiera difícil y han incumplido compromisos a Entidades Financieras, así lo hemos manifestado con anterioridad en nuestros oficios 3568, 3525 y 3847”. A continuación señala tres cooperativas que para esa época habían incumplido sus compromisos con FIDUAGRARIA, con indicación de las fechas de vencimiento y el monto de las obligaciones.

Y agrega: “La estructura financiera de la Cooperativa Codesnal a Nov. 30 de 1996, a nuestra manera de evaluar no soporta el volumen de inversión autorizada por el INURBE. Si analizados los puntos expuestos, consideran que debemos realizar la inversión, sírvanse ratificarnos su autorización”. La anterior comunicación fue contestada, mediante carta del 4 de febrero de 1997 por el Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE -doctor Armando Caicedo Caicedo- en la cual manifestó: “... 2.- Agradecemos su asesoría con relación al diagnóstico del sector solidario al igual sus observaciones con relación a la Cooperativa Codesnal, en consecuencia las autorizaciones de inversión números 042-97 y 043-97 quedan anuladas”.

De lo anterior deduce la entidad convocante que la Fiduciaria si tenía medios eficaces para persuadir al INURBE de desistir de las operaciones en el sector cooperativo, medios que a su juicio no empleó, de manera que incumplió sus obligaciones profesionales.

Con todo, para el Tribunal lo manifestado en la comunicación de FIDUAGRARIA del 27 de enero de 1997, no difiere de las advertencias y prevenciones hechas al INURBE por las distintas Fiduciarias en las reuniones generales, ni de las manifestadas en varias cartas de FIDUAGRARIA en que señaló que procedería a hacer las colocaciones bajo la entera responsabilidad del señalado Instituto. Tampoco difieren de las recomendaciones formuladas por Arthur Andersen desde Marzo de 1996. Todos estos antecedentes son coincidentes en resaltar que el sector cooperativo era débil, no contaba con información oportuna y confiable, de manera que las inversiones en ese sector conllevaban riesgos significativos. Aún así el INURBE siguió obstinadamente su designio de apoyar al sector solidario como resultado de una política estatal deliberada y calculadamente acogida. Así las cosas, la carta de FIDUAGRARIA del 27 de enero de 1997 muestra, por el contrario, que las advertencias hechas por las Fiduciarias eran suficientes para disparar las alarmas y para hacer cambiar de idea al INURBE, pero este no lo estimó procedente, toda vez que siguió empeñado en llevar a cabo la política trazada de respaldo a las Cooperativas. Nótese, simplemente, que después de la mencionada comunicación, en la que se subrayaron los incumplimientos de varias cooperativas, el INURBE siguió durante todo el mes de Febrero y parte del mes de Marzo de 1997 impartiendo las llamadas “Autorizaciones de Inversión” para que se continuaran haciendo colocaciones en el mismo sector.

Y no era esta la primera vez que las Fiduciarias ponían obstáculos a estas colocaciones, como se observa en el acta de la reunión general de Fiduciarias del 28 de noviembre de 1996, en la que el Gerente General del INURBE reiteró la decisión de apoyar al sector solidario, puntualizando que tal decisión se había tomado a sabiendas de su debilidad, e instando a las Fiduciarias para que “en los diferentes fideicomisos abran cupos al sector cooperativo apoyando la labor del estado en la política de VIS y evitar impases como los que se han presentado del rechazo de las autorizaciones de inversión”. (El subrayado no es del texto).

Así las cosas, como corolario de todo lo dicho, y dadas las circunstancias particulares que se presentaron, ha de concluirse que el INURBE contó con todas las informaciones y elementos de juicio necesarios para tomar las decisiones de inversión que le correspondía adoptar, de manera que para el Tribunal FIDUAGRARIA cumplió las obligaciones de información y asesoría que asumió en los términos de los tres contratos objeto del presente debate.

De otra parte, el INURBE le reprocha a la convocada, el no haber cumplido con los deberes indelegables que le correspondían en su condición de Fiduciaria, deberes establecidos en el artículo 1.234 del Código de Comercio, en particular los contenidos en los numerales 4 y 5 que la obligaban a “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos ... del mismo constituyente” y a “pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias”.

Respecto del primero de estos deberes mencionados, el INURBE arguye que, en defensa de los bienes públicos que recibió, FIDUAGRARIA se ha debido colocar en rebeldía frente a esas veintitrés “Autorizaciones de Inversión”.

Sobre este planteamiento el Tribunal destaca, en primer lugar, que el deber de “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos”, hace relación a la fiducia mercantil y no a los negocios fiduciarios estatales (Encargo Fiduciario y Fiducia Pública), pues únicamente en aquella se presenta transferencia del derecho de dominio de los bienes objeto de ese acto jurídico, y la consecuente conformación de patrimonio autónomo, de manera que la “personería” en cabeza de la fiduciaria sólo se predica en relación con dicho patrimonio autónomo y las cosas que lo constituyen son los bienes fideicomitidos, de suerte que estos existen cuando se ha hecho un desplazamiento del derecho de propiedad sobre los mismos en favor del Fiduciario.

De otra parte, en las Inversiones Temporales que nos ocupan, de acuerdo con la ley y los contratos, le correspondía al INURBE tomar las decisiones en cuanto a las entidades destinatarias de las colocaciones, y le competía adjudicar los contratos que se celebraran en desarrollo de los negocios fiduciarios. Así las cosas, la Fiduciaria debía informar y advertir a su cliente acerca de los pros y contras de las operaciones que proyectaba realizar para que este contara con los elementos de juicio necesarios y oportunos para tomar una decisión ponderada, lo cual, en criterio del Tribunal, fue cumplido por la Fiduciaria, de manera que una vez el cliente avisado y advertido adopta la determinación con conocimiento de causa, el profesional debe acatarla y respetarla, de suerte que debe cumplir rigurosamente las instrucciones que le sean impartidas, lo que significa que en adelante no es del caso resistir esa decisión, ni colocarse en rebeldía para impedir su ejecución. Ha de recordarse que el cliente que ha tenido a su disposición los medios para llegar a una conclusión calculada, deliberada y sopesada, es el verdadero y último juez de su propia conveniencia, principio que debe respetar el profesional, lo que le impide inmiscuirse abusivamente, es decir, más allá de lo que le corresponde en los negocios ajenos.

Estos mismos criterios sirven para señalar que el mecanismo de consulta a la Superintendencia Bancaria solo cabe cuando en efecto existan dudas en cuanto al alcance y contenido de las prestaciones a cargo del fiduciario, lo que evidentemente no ocurrió en este caso, pues es claro el régimen aplicable a las prestaciones propias de la fiducia de inversión y también lo fueron las manifestaciones de los altos funcionarios del INURBE en el sentido de que querían apoyar financieramente a las cooperativas. Y más claras aún fueron las “autorizaciones de Inversión” que indicaban puntualmente las entidades receptoras de los recursos y las condiciones específicas de cada operación.

Así pues, el mecanismo de consulta al Superintendente Bancario no puede convertirse en un medio para frustrar, dificultar o impedir las decisiones de los clientes adoptadas de manera ponderada y con pleno conocimiento de causa.

Constituiría un uso abusivo de tal mecanismo y una injerencia injustificada en los negocios ajenos, el acudir al Superintendente cada vez que al Fiduciario no le guste una operación ordenada por el Fideicomitente, o cuando no coincida con este en cuanto a la bondad y oportunidad de una transacción. Ese mecanismo era aún menos procedente en el caso que nos ocupa, pues no parece plausible que con él se hubiera buscado que el Señor Superintendente Bancario tratara de hacer cambiar una política estatal de fomento a la vivienda popular, diseñada por las entidades estatales especialistas en esa materia.

Finalmente, el Tribunal encuentra -de acuerdo con las consideraciones precedentes- que exigir de la Fiduciaria la renuncia a los encargos encomendados y por tanto a la ejecución de los contratos, como último medio para oponerse a las decisiones de inversión del INURBE, sería exigirle un comportamiento que va más allá de lo que razonablemente se puede esperar de un profesional que está obligado a conseguir, emprender y desarrollar negocios en un medio de tenaz competencia. Lo que se le debe demandar es que cumpla cabalmente sus obligaciones de lealtad con su cliente, en especial que le informe y lo prevenga, de manera suficiente y oportuna acerca de los riesgos y vicisitudes que previsiblemente pueden desprenderse de las transacciones que piensa llevar a cabo. Como ya se ha reiterado, la Fiduciaria en este caso cumplió adecuadamente esas prestaciones a su cargo y las decisiones de inversión fueron adoptadas por un cliente avisado y advertido, que contó con el apoyo de asesores y tuvo a su disposición los elementos de juicio indispensables para la juiciosa evaluación de la situación. Frente a estas circunstancias y al hecho de que el INURBE -en concordancia con una política de estado- optó por asumir, deliberada y calculadamente, los riesgos de las inversiones en el sector cooperativo, no era del caso exigir de la Fiduciaria que renunciara a ejecutar los contratos.

En conclusión, el Tribunal reafirma que FIDUAGRARIA cumplió las obligaciones que le correspondían respecto de las Inversiones Temporales de los recursos del subsidio de Vivienda de Interés Social, de manera que no puede declarársele responsable por los daños que puedan derivarse del incumplimiento de las cooperativas de su compromiso de reembolso de esos recursos en los plazos estipulados.

### **1.7 La Junta Administradora de los Fideicomisos**

En los tres contratos se previó el funcionamiento de una Junta Administradora, a la que competía orientar la ejecución de dichos contratos, debiéndose conformar por un representante de la Fiduciaria (con voz pero sin voto) y dos del INURBE, la cual tendría “las funciones y atribuciones que el Gerente General del INURBE le asigne” (Cláusula Décima Tercera de los tres contratos).

En relación con las Inversiones Temporales, el Contrato N° 58/94 previó que debían hacerse “con sujeción al régimen de inversiones que para el efecto establezca la Junta Administradora del Fideicomiso” (Cláusula 8ª, N° 1), y en los Contratos N° 66/95 y 34/96 se dispuso que la Fiduciaria debía realizar “las inversiones que le sean ordenadas por el Fideicomitente a través de la Junta Administradora del Fideicomiso” (Cláusula 8ª N° 1 de los dos contratos).

Así mismo se estableció, dentro de las obligaciones a cargo de la Fiduciaria, “recomendar a la Junta Administradora del Fideicomiso, de acuerdo a su conocimiento específico sobre manejo de inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo” (Cláusula 8ª N° 22 Contrato N° 58/94 y Cláusula 8ª N° 20 de los otros dos contratos).

Está acreditado en el proceso que, desde cuando el INURBE comenzó a contratar fiduciarias para el manejo de sus recursos, y, en todo caso, desde antes de que se suscribieran los tres contratos que nos ocupan y durante su ejecución, el INURBE decidió, por razones de conveniencia, es decir, por facilidad y simplificación, llevar a

cabo reuniones generales con las distintas fiduciarias, en las cuales se analizaban y debatían asuntos de interés común.

El INURBE niega que esas reuniones generales tuvieran el carácter de Junta Administradora y alega que, de acuerdo con las estipulaciones contenidas en los contratos, dicha Junta debía ser específica para cada fideicomiso y que este era el único órgano que, de acuerdo con los Contratos N° 66/95 y 34/96, podía ordenar inversiones y determinar el destinatario de las mismas, lo que significa que antes de su tardía conformación -que tuvo lugar el 7 de enero de 1997- la Fiduciaria sólo podía realizar colocaciones en Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Bancos o establecimientos de crédito que financiaran vivienda de interés social. Así mismo, señala que a partir del 7 de enero de 1997 se requería una orden -no una simple autorización- impartida por el órgano colegiado conformado, para que la Fiduciaria pudiera hacer inversiones.

En cuanto al Contrato N° 58/94 señala que, a falta del reglamento de inversiones que debía expedir la Junta Administradora, la Fiduciaria debía someterse al régimen de inversiones previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Así las cosas, el INURBE manifiesta que en ninguno de los tres contratos se constituyó la Junta Administradora de cada uno de los fideicomisos, razón por la cual no se expidió el reglamento de inversiones, ni puede entenderse que haya habido órdenes de inversión impartidas por esos órganos colegiados, carácter que en su entender no puede dársele a las “Autorizaciones de Inversión” suscritas por el Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE, (si bien en no pocas ocasiones fueron también firmadas por el Gerente) quien en su entender no tenía competencia para ello, toda vez que en los contratos administrativos sus órganos no son intercambiables, no pueden modificarse a través de conductas concluyentes de las partes, ni cabe alegar los efectos de la apariencia. Tampoco es procedente darle eficacia a los actos del funcionario de hecho, esto es, a quien no tiene atribuida la función, ni virtualidad al cambio de las políticas estatales para alterar el contenido de los contratos, todo ello en virtud del principio de legalidad.

Sobre estas bases, la parte convocante le reprocha a FIDUAGRARIA el haber hecho las colocaciones que resultaron impagadas, sin contar con la Junta Administradora de cada fideicomiso y por haberlas efectuado en virtud de autorizaciones de inversión impartidas por quien no tenía atribuciones para hacerlo, a quien, se dice, ha debido pedírsele que exhibiera los documentos que acreditaban su representación y competencia, lo que hubiera bastado para rechazar tales autorizaciones.

En este orden de ideas el INURBE señala que, según los Estatutos de este Instituto, vigentes para la época de ejecución de los contratos, correspondía al Gerente General la ordenación del gasto con cargo al presupuesto y que la delegación de esa función requería autorización de la Junta Directiva.

Complementa su argumentación el INURBE indicando que el Decreto N° 1074 de 1992 en su artículo 8° establece las funciones de la Subgerencia Administrativa y Financiera a la que compete “proponer a la Gerencia General, en coordinación con la Oficina de Planeación, las inversiones financieras que por su rentabilidad sean convenientes para el Instituto”. En consecuencia, se precisa que el Subgerente Financiero y Administrativo no podía sin delegación adjudicar los contratos mediante los cuales se perfeccionaban las inversiones o colocaciones, pues esta era una facultad del Gerente General<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Sobre este tema se señala que según el literal V. del art. 8° del Decreto N° 1074 de 1992 se facultó a la mencionada Subgerencia para “suscribir los convenios de Encargo de Gestión, de calificación, adjudicación y pago del subsidio familiar de vivienda”. Con todo se explica que esta disposición fue tácitamente derogada por la Ley 80 de 1993 que dispuso, de manera general, en su artículo 11, que la competencia para celebrar contratos estatales, salvo delegación, corresponde a los representantes legales de las entidades descentralizadas.

Frente a estos planteamientos el Tribunal hace las siguientes precisiones:

En los contratos objeto de este proceso arbitral se previó la intervención de una Junta Administradora que habría de orientar su ejecución, la cual tendría las funciones y atribuciones que le señalara el Gerente General del INURBE y en ella tendrían asiento dos representantes del INURBE con voz y voto y uno de la Fiduciaria que sólo tendría voz.

Estas previsiones contractuales ponen de manifiesto que en esa Junta el INURBE tendría una marcada preponderancia y que el vocero de la Fiduciaria, aparte de dar información y de hacer sugerencias, no participaría en la adopción de decisiones, toda vez que éstas le serían impuestas por los representantes del INURBE, quienes habrían de seguir estrictamente las determinaciones del Gerente General, pues en últimas éste debía definir autónomamente las atribuciones de la Junta y era a él a quien correspondía tomar las decisiones de inversión, por ser el ordenador del gasto con cargo al presupuesto.

Por lo demás, los contratos no establecen la forma como el Gerente General del INURBE designaría a los representantes en la Junta, ni la manera como informaría a la Fiduciaria acerca de esa designación. Tampoco se incluyeron reglas sobre la convocatoria y funcionamiento de la Junta Administradora y en ninguna parte se prohíbe que esta sesionara en forma general, es decir, con la concurrencia de los voceros de varias o de todas las Fiduciarias contratistas del Instituto, luego no se encuentra ninguna estipulación que impida considerar a la reunión general como Junta Administradora para los distintos fideicomisos.

Lo cierto es que a esas reuniones generales asistían varios funcionarios del INURBE, y que, por lo general, la vocería principal la llevaba el Vicepresidente Financiero y Administrativo y en ocasiones el propio Gerente General cuando asistió a las mismas. Luego, es razonable pensar que las Fiduciarias bien podían creer que quienes participaban en esas reuniones tenían la facultad de actuar como voceros del INURBE y que lo que ellos planteaban era el reflejo exacto de la política diseñada por ese Instituto y de las instrucciones impartidas por su Gerente General.

Ha quedado demostrado que en esas reuniones el Vicepresidente Financiero y Administrativo, así como el propio Gerente General, manifestaron y reiteraron la política del INURBE en el sentido de querer apoyar financieramente al sector cooperativo, a través de colocaciones de recursos en esas entidades, no obstante tener conocimiento de la debilidad económica de las cooperativas.

Posteriormente, como implementación de esa política general se le enviaban a la Fiduciaria las “Autorizaciones de Inversión” específicas, que no eran meras sugerencias, o propuestas de operaciones probables para que la Fiduciaria analizara su conveniencia y tomara la decisión definitiva. No. Eran verdaderas órdenes de inversión ya negociadas y definidas con las destinatarias, de manera que de la Fiduciaria solo se esperaba que las documentara e hiciera los desembolsos o las renovaciones correspondientes. De allí que no se hubiera prestado atención a las manifestaciones escritas de FIDUAGRARIA en el sentido de que procedería a realizar las operaciones bajo la total responsabilidad del Instituto.

Esas órdenes fueron suscritas siempre por el Subgerente Financiero y Administrativo del INURBE y hasta Agosto de 1996 también por la Jefe de la División de Tesorería. En adelante, varios de estos documentos tienen el visto bueno y la firma del Gerente General, como es el caso de las prórrogas de inversiones en las entidades cooperativas a que se refiere el presente proceso, con lo cual se corrobora fehacientemente que esa práctica y esas operaciones contaban con el asentimiento del funcionario que tenía la atribución legal de ordenar las inversiones.

Para respaldar la interpretación que viene de hacerse bastan los apartes del informe del Gerente General presentado a la Junta Directiva del 14 de marzo de 1997, en el cual se dice:

### “III. INVERSIONES EN EL SECTOR SOLIDARIO:

“El INURBE tiene parte de sus recursos invertidos en el sector solidario en una suma cercana a los \$55.511'000.000,00, que en su gran mayoría están representados en créditos a los beneficiarios de programas de vivienda a través de 18 cooperativas. (...)”

“En relación con el procedimiento establecido en el INURBE para ordenar las Inversiones Temporales, cabe anotar que en los contratos fiduciarios celebrados a partir de 1994, se tiene pactado que estas colocaciones se efectuarán con sujeción al régimen de inversiones que para el efecto establezca la Junta Administradora del Fideicomiso y en forma expresa se advierte en la respectiva cláusula que éstas se efectuarán únicamente de acuerdo a los intereses del fideicomitente y la fiduciaria no puede realizar triangulaciones, ni pactos para la realización de inversiones u operaciones que no consulten exclusivamente tales intereses.

“Con una periodicidad regularmente mensual se han venido celebrando las JUNTAS ADMINISTRADORAS DE LOS FIDEICOMISOS. Las instrucciones de inversión se vienen impartiendo en el mismo modelo adoptado en administraciones anteriores, esto es, a través de un documento denominado “Autorización de Inversión”, cuyo destinatario es la fiduciaria respectiva. En este documento se consigna la fecha de la autorización, el contrato con cargo al cual se ordena la inversión, fecha de constitución del título, entidad emisora, tipo de inversión, plazo, tasa efectiva y valor.”

Ahora bien, el INURBE arguye que los contratos establecieron un único vehículo de expresión de la voluntad del INURBE respecto de las Inversiones Temporales, es decir, a través de la Junta Administradora especial para cada Fideicomiso, la cual no se constituyó, de manera que no hubo manifestación del Instituto que pueda considerarse como válidamente expresada. Con estos fundamentos afirma que, en virtud del principio de legalidad, las Juntas Generales no podían sustituir a las Juntas Administradoras de cada contrato, ni el Subgerente Financiero y Administrativo podía arrogarse la atribución de decidir las inversiones, por cuanto esta función no le había sido delegada por el Gerente.

Es conveniente resaltar que el INURBE no alega que en el seno de las reuniones generales se hubiera distorsionado, por parte de los voceros del Instituto, la política trazada por el mismo, o que hubieran manifestado una política inexistente. Tampoco arguye que el Subgerente Financiero y Administrativo hubiere desconocido o violado las instrucciones o las prohibiciones de su superior jerárquico, el Gerente General. Y no hace estos planteamientos porque es evidente que lo expresado en las Juntas Generales coincidía perfectamente con lo querido por el Gerente -que también lo reiteró palmariamente ante las Fiduciarias- y guardaba absoluta coherencia con la política acogida y respaldada por la Junta Directiva. Por su parte no hay el menor indicio de que el Subgerente se hubiera apartado de las pautas fijadas por su superior; por el contrario, el Gerente General suscribió también varias “Autorizaciones de Inversión” y cuando se comenzó a tener noticia de los incumplimientos de las Fiduciarias, y se decidió a expedir la Resolución 0001 del 7 de enero de 1997, mediante la cual conformó la Junta Administradora de los Fideicomisos, el Gerente designó como uno de los dos representantes del INURBE al Subgerente Administrativo y Financiero, es decir, precisamente a quien había suscrito todas las órdenes de inversión que son materia de este proceso, con lo cual se demuestra que el funcionario en cuestión seguía gozando de la confianza del Gerente General, lo que significa que este respaldaba y ratificaba lo hecho por aquel.

Así, pues, el planteamiento del INURBE consiste en decir que lo actuado y decidido no puede serle atribuido a ese Instituto, por cuanto no fue manifestado por la Junta

Administradora de los Fideicomisos, que era el único canal de expresión contemplado en el contrato y que no existe ninguna regla de interpretación que permita llegar a imputarle al demandante esas actuaciones y decisiones, toda vez que el principio de legalidad lo impide.

Hay que señalar, sin embargo, que el Gerente General, quien tiene la función de ordenar los gastos de inversión con cargo al presupuesto y a quien corresponde, por ende, definir las inversiones, delegó en la Junta Administradora estas atribuciones, mediante las estipulaciones contractuales que fijaron en dicha Junta la función de decidir y ordenar las colocaciones de recursos. En consecuencia, si fuera verdad que la Junta General no tenía el carácter de Junta Administradora, por no haberse conformado esta antes del 7 de enero de 1997, habría que decir que el propio delegante frustró la delegación, pues todo dependía de él, exclusivamente, para que el órgano delegatario se formara y operara. De manera que por su propia voluntad nunca se habría desprendido de las funciones objeto de la delegación, de suerte que siempre habrían permanecido en su cabeza.

Por lo demás, después del 7 de enero y hasta los primeros días de Marzo de 1997, periodo durante el cual se siguieron haciendo colocaciones que resultaron impagadas, las órdenes de inversión correspondientes fueron suscritas por el Subgerente Administrativo y Financiero y no por la Junta Administradora -designada por Resolución 0001 del 7 de enero de 1997- con lo que se reafirma que la delegación nunca operó, a pesar de que FIDUAGRARIA solicitó expresamente que desde su constitución fuera este órgano el que impartiera las instrucciones correspondientes, tal como consta en Comunicación 0032 del 31 de enero de 1997, cuyo texto es el siguiente:

“... Con respecto a la Resolución 0001 de 1997, cabe anotar que a partir del 17 de enero/97 fecha de su expedición a quien le correspondería autorizar el régimen de inversiones es a dicho ente y no al funcionario que hasta la fecha las ha venido dando.”

En el mismo sentido, la Comunicación 0047 del 7 de Febrero de 1997 expresa:

“En la tarde de ayer fue recibida en esta Fiduciaria una autorización de inversión firmada por el doctor Armando Caicedo con el visto bueno de la Gerencia General.

“Al respecto, me permito solicitarle aclaración en cuanto a la vigencia de la Resolución No. 001/97 de ese Instituto. Lo anterior en atención a que de conformidad con el No. 4 del Artículo Segundo corresponde a la Junta Administradora del fideicomiso “Determinar y autorizar todas las inversiones que la fiduciaria debe efectuar con los recursos objeto del Encargo Fiduciario o Fiducia Pública correspondiente” (subrayado fuera del texto original).

“La Junta Administradora está conformada por el Subgerente Administrativo y Financiero y el Jefe de la Oficina de Planeación, por parte del INURBE, y por un delegado de la fiduciaria.

“En este sentido el Subgerente Administrativo y Financiero, así cuente con un visto bueno del Gerente General, no estaría facultado para determinar una inversión, pues dicha determinación corresponde a la Junta Administradora del Fideicomiso, la cual no se ha reunido y por consiguiente no ha tomado ninguna decisión respecto a las inversiones.

“Si la Resolución No 001/97 continua vigente y se desea que las decisiones de inversión sean adoptadas directamente por el Subgerente Administrativo y Financiero, debería modificarse dicha resolución en este sentido.

“Adicionalmente esta Fiduciaria reitera su posición manifestada en repetidas ocasiones en cuanto a las inversiones en cooperativas se refiere.”



### 1.7.1 Las Conductas Concluyentes

En cuanto a la posición del INURBE en el sentido de que en la contratación administrativa no caben “conductas concluyentes” -lo que llevaría a pensar que en la labor hermenéutica no hay lugar para los análisis de comportamiento- cabe señalar que la Ley 80 de 1993, en su artículo 13, establece que los contratos que celebren las entidades estatales “Se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley”. Por su parte, el artículo 32 dispone que dichos contratos son los previstos en el Derecho Privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de voluntad, así como los definidos en esa ley.

En el mismo sentido el artículo 40 preceptúa que las estipulaciones de estos contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en la propia Ley 80, correspondan a su esencia y naturaleza. Agrega que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales. También les está autorizado incluir las modalidades, condiciones y las estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no desconozcan normas imperativas.

Estas disposiciones ponen en evidencia que los mencionados contratos están gobernados por las reglas y principios del derecho privado, con excepción de los aspectos específicamente regulados por la Ley 80.

Ahora bien, en lo que se refiere a la interpretación de los actos jurídicos, la Ley 80 no contiene reglas puntuales para llevar a cabo la labor de hermenéutica. El artículo 23 toca tangencialmente esta materia, señalando que a las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se les aplicarán las reglas de interpretación de la contratación, lo que de entrada denota que sí es procedente evaluar el comportamiento, para deducir de él la voluntad real y efectiva de los contratantes.

El artículo 28 de la Ley 80 también contiene algunas pautas generales sobre este tema, toda vez que puntualiza que “en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

A falta entonces de reglas concretas y especiales de interpretación, estas deben buscarse en los valores, principios generales del Derecho y también en las disposiciones del Código Civil, en particular la contenida en el tercer inciso del artículo 1.622, según la cual las cláusulas de los contratos se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

Esta regla muestra en el caso que se analiza, que ambas partes consintieron tácitamente, en considerar a las Juntas Generales como Juntas Administradoras de los Fideicomisos, en las cuales participaban los representantes del INURBE designados para el efecto por el Gerente General, de manera que esa Junta General fue vista, mutuamente, como el órgano de expresión de la política del Instituto en lo relativo a las Inversiones Temporales. Así mismo, implícitamente se admitió por los contratantes que las órdenes de inversión serían impartidas por el INURBE a través del Subgerente Administrativo y Financiero y/o por su superior jerárquico, el Gerente General.

Así las partes entendieron ejecutar el contrato, pues lo expuesto es la fiel traducción de su voluntad real, a partir de su comportamiento reiterado, uniforme y coincidente.

### 1.7.2 Los Efectos de la Apariencia

Otro planteamiento del INURBE está orientado a señalar que, por tratarse de contratación administrativa, no cabe aquí la aplicación de los efectos de la teoría de la apariencia, de manera que la Fiduciaria no puede alegar, como lo ha hecho, que, dadas las circunstancias, podía legítimamente creer que el Subgerente Administrativo y Financiero tenía la facultad de expedir las órdenes de inversión, de manera que ha debido exigir la comprobación de su representación y de sus poderes, con lo cual habría advertido que ese funcionario carecía de esas atribuciones. Como no pidió tal comprobación, a juicio del convocante, violó sus deberes de diligencia y cuidado.

A este respecto el Tribunal destaca que, en lo tocante a la responsabilidad profesional, la Doctrina admite que en este campo tiene pleno reconocimiento la teoría de la apariencia como fuente de obligaciones jurídicas, siempre que se trate de una creencia legítima, la que se presenta cuando, de acuerdo con las circunstancias, se justifica o es razonable la no exigencia de poderes o la no realización de ciertas verificaciones posibles<sup>87</sup>. Se mira, entonces, la razonabilidad de quien actúa creyendo que la situación que se le presenta es legítima y real, caso en el cual se le dispensa de hacer investigaciones e indagaciones adicionales<sup>88</sup>.

Para el Tribunal son particularmente ilustrativos en el tema que se analiza los comentarios del profesor Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo, en lo relativo a la actuación de los órganos y los funcionarios de las entidades estatales, comentarios en los cuales aparecen criterios de señalada importancia para determinar cuando un hecho, actuación o decisión puede ser atribuido o imputable a una entidad pública. De dicha obra pueden extraerse los siguientes criterios:

Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad expresada por éste en su nombre.

El órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias (órgano jurídico) que será luego desempeñado o ejercido por una persona física determinada (órgano físico). Ahora bien la voluntad del órgano jurídico no es diferenciable de la de la entidad, pues ésta se manifiesta a través de aquel. Con todo, el funcionario, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación: su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado y su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal.

Así las cosas, dado que el órgano físico puede actuar como titular del órgano jurídico - caso en el cual su voluntad se considera como la voluntad estatal- o fuera de la función que se le ha asignado, como sujeto de derecho diferenciado del Estado, interesa saber qué criterio habrá de seguirse para establecer cuándo el funcionario actúa como órgano del Estado y cuándo no.

Para establecer esa diferencia se aplica principalmente un criterio objetivo, que prescinde de la motivación psicológica del funcionario y atiende objetivamente a lo que éste ha realizado. Este criterio, presenta a su vez dos variantes; las cuales las explica el profesor Gordillo, así:

“En una primera posición, que es la que a veces adopta la legislación civil, se estima que el órgano físico ha actuado como órgano jurídico de la institución siempre que haya actuado dentro del límite de sus atribuciones legales, esto es, siempre que haya actuado legítimamente, respetando la competencia que le ha sido otorgada y en general las regulaciones establecidas para el desempeño de sus atribuciones. En este primer concepto, la legitimidad del acto es el factor que decide la cuestión: si el acto

<sup>87</sup> Philippe Le Tourneau, Loic Cadet. Droit de la Responsabilité. 1996. N° 1794.

<sup>88</sup> Jorge Suescún Melo. Derecho Privado. Trabajo N° 3. T.I. Págs. 130 y ss.

producido es legítimo, entonces ha sido dictado “dentro de las atribuciones legales” del órgano, y debe imputárselo al Estado; si el acto es ilegítimo, por haber sido emanado con incompetencia, etcétera, entonces se encuentra fuera de las atribuciones legales del órgano y no puede imputárselo al Estado, debiéndoselo considerar como un acto personal del funcionario.”

“... En una segunda posición, propia del derecho público y generalmente prevalente en éste, se considera que la legitimidad del acto no es el elemento primordial para decidir si él es o no un acto estatal por haber emanado de un órgano suyo; se entiende, en cambio, que debe atenderse únicamente a la apariencia externa del acto o hecho, a su reconocibilidad exterior como un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano, haya sido ejercida regular o irregularmente. De este modo, basta con establecer que la actuación del funcionario se ha referido a una tarea que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado, y que por lo tanto su acto no es un acto privado suyo sino un acto del Estado; esto es así, repetimos, sea que su acto o hecho sea regular o irregular, legítimo o ilegítimo.

Es por ello que se puede luego hablar de “actos administrativos nulos”, o “actos administrativos anulables”, lo cual supone que se trata de un acto estatal -por lo tanto producido por un órgano suyo- viciado, ilegítimo: ello sería una contradicción si se adoptase el criterio anterior, en el cual sólo el acto legítimo podía ser considerado como dictado dentro de la función del órgano.”

Con base en este criterio la jurisprudencia argentina ha considerado que la entidad estatal ve comprometida su responsabilidad por actuaciones de sus funcionarios llevadas a cabo por fuera de la órbita de sus competencias, por cuanto “un acto es imputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario dentro de sus funciones, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales específicos.”, por cuanto “... el criterio del derecho público imputa al ente todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegítimo....”

Agrega el Profesor Gordillo que “... el acto o hecho debe reunir ciertas condiciones para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente; ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que “debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas”.

“En definitiva, debe considerarse sólo la apariencia externa del acto o hecho, para determinar si es imputable a la función.”

“... que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente”; que presente un mínimo de reconocibilidad exterior”.

“... Si el acto o hecho de que se trata aparece externamente reconocible como propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, “con fidelidad o sin ella”, incluso en un cumplimiento “defectuoso”, igualmente es imputable al ente ...”<sup>89</sup>

Así, pues, para que una actuación o decisión sean atribuibles o imputables a un ente estatal -y por ende para que no sean vistos como meros actos personales del funcionario- la apariencia juega un papel preponderante, pues no es la legitimidad de la actuación lo que genera la imputabilidad, sino su apariencia externa, o su reconocibilidad exterior como propia de la función atribuida al órgano, así haya sido ejercida de manera irregular. Por esto la doctrina afirma que la actuación del órgano debe haberse ejecutado en desarrollo de las tareas a su cargo dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas, de manera que basta para que se atribuya al ente

---

<sup>89</sup> Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. 1998. Capítulo XII.

estatal “que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente”.

Así las cosas, a partir de esa apariencia externa se imputan o atribuyen al Estado actuaciones y decisiones regulares o irregulares, legítimas o ilegítimas, lo que pone en evidencia que no importa que el funcionario que las ejecute haya obrado o no “dentro de sus atribuciones o límites legales específicos”. La imputabilidad del Estado en los términos señalados significa que es responsable por tales actuaciones, pues se le atribuye al ente público todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegítimo, de suerte que la actuación realizada por fuera de la competencia del órgano, pero dentro del ámbito aparente de la función, hace que dicha actuación sea irregular, pero no por ello deja de ser estatal y de conllevar la responsabilidad de la Administración.

Para el Tribunal ue las órdenes de inversión impartidas a través de las llamadas “Autorizaciones de Inversión”, las cuales fueron suscritas por el Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE y en ocasiones también por el Gerente General, tienen la apariencia externa o reconocibilidad exterior para ser consideradas como propias de la función atribuida a los órganos que las produjeron, siendo claro, por lo demás, que la intención de éstos al suscribir tales documentos estaba enderezada a cumplir un fin propio del INURBE, como es la inversión temporal de los recursos del subsidio de vivienda.

En consecuencia, para el Tribunal las señaladas órdenes de inversión son actuaciones o decisiones imputables al INURBE, de manera que es responsable de las mismas y debe asumir los riesgos que de ellas se desprendan.

### **1.7.3 Inexistencia de Culpa Compartida**

De otra parte, el INURBE le reprocha a FIDUAGRARIA el no haberlo requerido para que conformara las Juntas Administradoras, tal como aparece en el alegato de conclusión, en que se lee: “no obra en el expediente esfuerzo alguno, ni gestión útil alguna que demuestre que FIDUAGRARIA solicitó la conformación de esas tres Juntas previstas contractualmente, o de que hubiere formulado o radicado protesta alguna por la inexistencia de la Junta Administradora de cada uno de esos contratos”.

Vistas así las cosas, se plantea una culpa compartida en la inobservancia de las previsiones contractuales relativas a la formación y funcionamiento de las Juntas Administradoras, pues por una parte, se dice que el INURBE no las conformó, ni les asignó funciones y, por otra, se afirma que la Fiduciaria habría observado una conducta omisiva al no haber desplegado esfuerzo alguno para persuadir al INURBE a actuar en concordancia con las estipulaciones de los contratos.

Para determinar si en efecto esa inobservancia de las previsiones contractuales ha de considerarse como el resultado de acciones u omisiones culposas de ambas partes, o si, por el contrario, debe atribuirse al comportamiento negligente de uno solo de los contratantes, es útil traer a colación los criterios expuestos en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia, para determinar la responsabilidad en casos de culpas compartidas.

Si bien tales criterios tienen aplicación en el ámbito del vínculo de causalidad entre el incumplimiento de una prestación o la conducta antijurídica y el daño sufrido por el acreedor, no es menos cierto que en este caso podrían ser un instrumento útil para definir a quién es jurídicamente imputable la falta de formación y funcionamiento de las Juntas Administradoras de los Fideicomisos sub exámine. Y son útiles tales criterios del vínculo de causalidad, pues esta noción se refiere a la imputación física, es decir, a la autoría de un determinado resultado.

La Sala Civil de la Corte, en cuatro decisiones que hoy constituyen la Jurisprudencia vigente sobre esta materia, se refirió a la concurrencia de culpas, así: De una parte, al

hablar de dicha concurrencia de culpas entre el demandado y la víctima precisó que se trata de “dos culpas distintas que concurren ambas a la realización del hecho dañoso, y en donde la culpa de la víctima, justamente por no ser preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exime de responsabilidad al demandado, pero que sí compensa, en la medida o grado que estime prudente el juez, con la del reo de la acción”.<sup>90</sup>

Al hablar igualmente de la participación de dos actividades peligrosas en la producción de un daño, afirmó la Corte: “la una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal (actividad peligrosa) pudiera atribuirse a ésta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento”<sup>91</sup>.

En igual sentido, al explicar el régimen aplicable a los eventos en que se presenta participación conjunta de circunstancias en la generación de daños, precisa que en “tales supuestos, empero, para deducir la responsabilidad la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrente, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio”.

“De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas...”. “En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo”<sup>92</sup>.

Y en otra jurisprudencia de 1987<sup>93</sup>, al volver a tratar la concurrencia de culpas, precisó la Corte que “Esa concurrencia de culpas da lugar a la responsabilidad *in solidum* de las demandadas, porque es incontrovertible que el daño no hubiera brotado sin la confluencia de los dos hechos”, pero afirma que ambos eventos contribuyeron de manera decisiva en la producción del daño.

“Las sentencias comentadas permiten deducir que no todas las circunstancias que concurren en la producción del daño tienen la misma valoración jurídica, pues cabe hacer entre ellas discriminaciones, de suerte que no son consideradas como causas sino aquellas que hayan desempeñado un papel “preponderante y trascendente” o aquellas cuya intervención en el evento perjudicial haya sido “decisiva”, o sólo se mira como responsable a la parte que por último tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo. Y con base en estos criterios sabemos que a ciertos hechos, aunque culposos, no se les reconoce como causa del daño, en virtud de haber sido inocuos en la producción del perjuicio, o lo que es lo mismo, cuando esos hechos u omisiones fueron secundarios o de segundo orden frente a la otra culpa esa sí trascendente, preponderante y decisiva.”<sup>94</sup>

Con base en los criterios expuestos, los cuales muestran que solo ha de considerarse como responsable de un determinado resultado a la parte que contribuyó en forma “preponderante”, “trascendente” y “decisiva” en su generación, o a quien por último tuvo la oportunidad de evitarlo y no lo hizo, el Tribunal concluye que, sin lugar a dudas, es al INURBE a quien debe tenerse como responsable.

En efecto, la formación y funcionamiento adecuado de la Junta Administradora sobre todo interesaban al INURBE, pues según él mismo arguye era el vehículo contractual previsto para que ese Instituto manifestara su voluntad respecto de las pautas

<sup>90</sup> Sentencias de Casación Civil del 27 de julio de 1977, del 17 de mayo de 1982 y del 17 de julio de 1985.

<sup>91</sup> Sentencias de Casación Civil de Abril 30 de 1976 y Julio 17 de 1985

<sup>92</sup> Sentencias de Casación Civil de Abril 30 de 1976 y Julio 27 de 1977

<sup>93</sup> Casación Civil del 2 de julio de 1987.

<sup>94</sup> Jorge Suescún Melo. Estudios de Derecho Privado. Trabajo Nº 4. T.I. Págs. 179 y ss.

generales que debían observarse en materia de Inversiones Temporales y respecto de las colocaciones puntuales que le correspondía decidir. Además, su Gerente General era quien tenía las atribuciones y herramientas para ponerlo en marcha, pues, no solo designaba sus representantes, sino que a él competía determinar sus funciones.

De otra parte, según el N° 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para el logro de los fines buscados mediante los contratos celebrados por las entidades estatales, éstas tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. Y en desarrollo de esta obligación la ley también prevé que dichas entidades han de efectuar revisiones periódicas de los servicios prestados para verificar las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas (N° 4 del artículo 4°). Así mismo, en cuanto a los servidores públicos la ley prevé que deben vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad (N° 1 del artículo 26) y al representante de la misma le compete la dirección y manejo de la actividad contractual (N° 8 del artículo 26). En los tres contratos las mencionadas atribuciones de control fueron otorgadas al Subgerente Administrativo y Financiero, quien debía supervigilar el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Fiduciaria (Cláusula 25).

Complementariamente, en relación con la normatividad de los negocios fiduciarios, la Circular Básica N° 007 de 1995 de la Superintendencia Bancaria, en su Título Quinto, Capítulo Primero (N° 1.5, literal G) establece que si en el contrato se prevé la existencia de Juntas, deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración y precisa que “la designación de las personas que lo integran deberá hacerse por el fideicomitente ... , salvo que la designación corresponda al Fiduciario, en ejercicio de la gestión encomendada en el contrato, en cuyo caso será responsable por las acciones y decisiones que se adopten por la actuación de dicho órgano”. En consecuencia, en la hipótesis bajo análisis no puede deducírsele responsabilidad a la Fiduciaria, pues se reitera que quien tenía las atribuciones para poner en funcionamiento la Junta Administradora era el Gerente General del INURBE.

### **1.8 Comisiones y honorarios indebidamente cobrados o descontados de los fondos del INURBE**

En el hecho N° 10 de la demanda se relata que: “FIDUAGRARIA incumplió el contrato 58 de 1.994 al cobrar y percibir por sus servicios comisiones no pactadas, ocultas o soslayadas, por encima de lo que prevé el contrato en cuanto a la remuneración de sus servicios, en montos que se demostrarán en el proceso”.

Con apoyo en la realidad anterior, en la pretensión tercera de la corrección de la demanda se impetra también que el Tribunal declare que FIDUAGRARIA incumplió los contratos “....al cobrar por sus servicios sumas superiores o por razones diferentes a las previstas contractualmente...”.

#### **1.8.1 Pruebas**

Al contestar la demanda el mandatario judicial de FIDUAGRARIA confiesa que: “Cuando realizó operaciones que no estaban convenidas en el contrato como era la de INVERTIR OCASIONALMENTE EN EL FONDO COMÚN ORDINARIO, cobró la tasa usual para este servicio”. Agrega luego que rechaza “...expresa y enfáticamente los calificativos de OCULTAS o SOSLAYADAS que trae la demanda. El INURBE fue permanente y reiteradamente informado, mes a mes, por la Fiduciaria sobre todos los costos y gastos del encargo y expresa y detalladamente sobre el valor y la causa de sus remuneraciones, sin que este hubiera realizado nunca algún reparo o rechazo por esos costos y gastos. Los Señores Arbitros pueden constatar esta afirmación, en los tomos 14 a 125 de los anexos de esta contestación de demanda, que contienen los informes mensuales de gestión que la Fiduciaria entregó al INURBE. Adicionalmente hay constancias en las actas de la Junta Administradora de Fideicomisos y en la correspondencia del conocimiento y aceptación del INURBE por la prestación de

FIDUAGRARIA del servicio adicional de inversión en Fondo Común Ordinario, que por lo demás, fue hecha de acuerdo con el INURBE”.

Los auxiliares de la justicia, Economista Jorge Torres Lozano y Contador Público Ricardo Sabogal Acosta, al rendir su dictamen, se ocuparon de contestar el punto 5 literal c) del cuestionario que les planteó el apoderado del INURBE en la audiencia del 8 de Julio de 1.994, el cual tiene el siguiente universo: “5...c) De manera específica, monto de lo que FIDUAGRARIA hubiere cobrado al INURBE por razón de inversiones temporales que hubiere efectuado con los fondos a que se refieren los tres contratos de esta demanda, en su propio Fondo Común Ordinario”. La respuesta dada se recoge en el dictamen pericial a través de la siguiente literatura:

“5. c) Según las informaciones obtenidas de FIDUAGRARIA y las verificaciones efectuadas a los libros de contabilidad de la misma, se constató que se registraron ingresos por comisiones cobradas al INURBE por el Fondo Común Ordinario en FIDUAGRARIA, sobre los rendimientos obtenidos por las inversiones efectuadas por ese fondo.

El valor de las comisiones, a que nos referimos en el párrafo anterior precedente, se descontó directamente de los rendimientos financieros hasta el año de 1.997 inclusive, comunicándolo mensualmente al INURBE a través de un extracto que contiene los datos relativos al monto de la inversión, los rendimientos y la comisión cobrada por el Fondo Común Ordinario de FIDUAGRARIA. A partir del mes de Junio de 1.998, el procedimiento se cambió para cobrar las comisiones a través de facturas. De Enero a Junio de 1.998 no hubo facturación por el concepto de comisiones”.

En la ampliación del dictamen pericial los peritos fijaron el monto de las comisiones por inversiones temporales en el Fondo Común Ordinario, dentro del siguiente marco:

“Contrato 58/94	\$ 161.055.019
Contrato 66/95	\$ 169.091.484
Contrato 34/96	<u>\$ 235.590.322</u>
TOTALES	\$ 565.736.825

Para llegar a este monto precisan que verificaron “...las cifras en la contabilidad de las dos entidades...”.

### **1.8.2 Modificación de los contratos por acuerdo entre las partes**

A la luz de lo que se deja expuesto, resulta bien probado que no obstante que en los contratos celebrados por el INURBE con FIDUAGRARIA se previó como sistema de inversión únicamente el de INVERSIÓN ESPECIFICA, la fiduciaria incorporó al servicio, la prestación adicional de inversión en fondo común ordinario, que no estaba contemplada en tales actos jurídicos. Esta adición contractual tuvo el asentimiento expreso del INURBE, como se desprende de la comunicación N° 04741 del 22 de Marzo de 1.996, dirigida por el Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE a todas las fiduciarias contratistas, en la cual dispuso la colocación de recursos en el Fondo Común Ordinario. También en el acta del 18 de julio de 1.996, de la Junta Asesora de Fideicomisos, se registra que las fiduciarias venían manejando algunos recursos en el Fondo Común Ordinario. En el punto 4º del citado documento textualmente se lee:

#### **“4. INTERVENCION DEL ASESOR DE GERENCIA DEL INURBE (....)**

En cuanto al portafolio de inversiones señala que se han invertido \$89 mil millones, con una distribución en bancos de \$20 mil, Corporaciones \$27 mil, fondo común \$29 mil y otras entidades \$11 mil constituyendo el fondo común la mayor fuente de recursos. Existen algunas fiduciarias que poseen un porcentaje alto porcentaje (sic) en el fondo

común, por ejemplo FIDUAGRARIA posee el 50% de los recursos del INURBE y Fiducor el 39%”.

Así mismo, en Oficio 03092, del 19 de marzo de 1997, dirigido por el Gerente General del INURBE al señor Ministro de Desarrollo, se indica que “para atender el pago de los subsidios existen \$48.000.000.000 en Fondos Comunes Ordinarios de las Fiduciarias”.

El Tribunal se encuentra, pues, frente a una realidad fáctica que le indica que por fuera de lo pactado en los contratos, FIDUAGRARIA prestó, con el consentimiento expreso de INURBE, un servicio adicional, por el cual cobró la suma de QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$565.736.825) que la parte convocante impetra que se le devuelvan, debidamente actualizadas hasta el día de su pago efectivo, liquidadas con intereses moratorios a partir del día en que FIDUAGRARIA hubiere efectuado un cobro indebido.

Desde el punto de vista jurídico se impone, entonces, preguntar: Pueden las partes, en un contrato administrativo, introducir, por mutuo acuerdo, variables en la relación negocial, con el fin de evitar la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él? En otras palabras: Podía el INURBE autorizar a FIDUAGRARIA para colocar en su Fondo Común Ordinario los dineros que estaban a la espera de serlo bajo el sistema de Fiducia de Inversión Específica? La respuesta para el Tribunal es afirmativa, pues resultaría contrario a la lógica de lo razonable mantener unos dineros públicos improductivos mientras se lograba el manejo contemplado en el contrato. Es por esta razón, precisamente, que el E.O.S.F. prohíbe a las Fiduciarias mantener dineros ociosos, tal como se desprende de lo preceptuado por el Parágrafo del artículo 151, el cual dispone que a falta de instrucciones precisas del constituyente respecto de las inversiones que deban efectuarse, o cuando se trate de “fideicomisos diferentes a los de inversión en que se requiera un tiempo para cumplir la finalidad señalada en los negocios fiduciarios y no se haya indicado la destinación específica que deba dársele a los dineros durante ese lapso, los recursos recibidos deberán destinarse al Fondo Común Ordinario...”

El artículo 16 de la Ley 80 de 1.993 autoriza la modificación unilateral o por mutuo acuerdo del contrato administrativo, durante su ejecución, para “evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él”. EL PRINCIPIO DE MUTABILIDAD de la contratación administrativa predomina a lo largo de la ejecución de la relación negocial y puede operar ora en forma UNILATERAL ora por mutuo acuerdo entre las partes. La legislación contractual que se recogía en el Decreto 222 de 1.983 consagraba, en su artículo 21, el procedimiento que la administración debía seguir para hacer la modificación unilateral del negocio jurídico. Entre muchos requisitos exigía que en los pliegos de condiciones se debían contemplar las modificaciones que fueran previsibles y la forma de asegurar el equilibrio financiero del contrato, previsión que en forma acertada no fue consagrada en la Ley 80 de 1.993, pues este estatuto facilita que la Entidad haga uso adecuado de la potestad cuando las razones de interés público lo exijan. Tampoco es necesario ahora sentar un acta con los términos de la propuesta que la administración le haga al contratista, ni proferir acto administrativo alguno, pasible de recursos, cuando las partes se acuerdan sobre el particular. En otras palabras: La normatividad contractual que hoy regula la contratación de la administración pública deja a la administración amplio manejo de las distintas situaciones que a lo largo de la ejecución del contrato se puedan presentar. El artículo 16 de la Ley 80 de 1.993 es una norma flexible al autorizar a la administración para buscar el mutuo acuerdo o tomar decisiones unilaterales orientadas a modificar el contrato, para “evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él”. Se está, pues, frente a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, en el sentido “...de que la medida correcta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina CON EXACTITUD la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata....Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta



no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir que en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que señala es justo o no lo es, etc. TERTIUM NON DATUR. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.”<sup>95</sup>

El Consejo de Estado en sentencia de 1.991<sup>96</sup>, citando al Profesor Héctor Jorge Escola, fijó orientación jurisprudencial respecto de la potestad que tiene la administración para modificar los contratos administrativos dentro de un marco de razonabilidad. En lo pertinente de la misma, se lee:

“Como lo recuerda Marienhoff, la administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que se tornan inadecuadas para satisfacer las necesidades que al contratar se tuvieron en mira, por el solo prurito de mantener intangible una regla del derecho privado, pensada y aplicada para regular relaciones de otro carácter y que persiguen finalidades también distintas. Las necesidades y el interés público deben prevalecer, deben ser convenientemente satisfechas, y de ahí que si se hace necesaria la modificación de las estipulaciones del contrato oportunamente celebrado, aun cuando esas modificaciones deban regir desde un principio, ellas deben ser efectuadas, adquiriendo así, la mutabilidad de los términos del contrato administrativo la validez de un principio, que debe necesariamente prevalecer.

“La mutabilidad de los contratos administrativos, de tal forma, es una consecuencia impuesta por el propio carácter de éstos, por las finalidades de interés público que con ellos se procura alcanzar, así como también por la posición de subordinación que en tales contratos tiene el cocontratante particular.

“Esta particular posibilidad de que goza la administración pública no constituye un “derecho”, sino que por su índole y por la finalidad que le da su razón de ser, es una verdadera “potestad” que le es inherente, y que es esencial para que pueda cumplir, en la órbita de las contrataciones administrativas, el rol que la caracteriza.

“Y si el principio de mutabilidad se manifiesta como una potestad administrativa, va de suyo que no puede ser renunciado por la administración ni por convenciones generales o especiales, ya que como la dicho Jéze, “la facultad de la administración para modificar la extensión de las prestaciones...es una regla de orden público, que no puede derogarse por convención de las partes....El principio de la competencia de la administración para el buen funcionamiento del servicio público, es inalienable”. Ello no obsta, sin embargo, a que puedan convenirse ciertos derechos a favor del cocontratante particular, como el de poder pedir la rescisión del contrato ante determinadas modificaciones que introduzca la administración.”

Para el Tribunal los dineros públicos destinados a satisfacer necesidades apremiantes de la comunidad, como son las de vivienda, no debían permanecer improductivos. La administración tenía el deber de cuidar, con diligencia, para que rentaran, y, por lo mismo, se incrementaran, mientras llegaban a sus destinatarios, esto es, los beneficiarios del subsidio de vivienda. La modificación de los contratos, que por mutuo acuerdo hicieron las partes, en el caso sub-exámene, no aparece viciada de nulidad absoluta o relativa, pues no se dan las causales contempladas en los artículos 44 y 46 de la Ley 80 de 1.993. Obsérvese, sin embargo, que en este estatuto, cuando se hace

<sup>95</sup> Eduardo García de Eneterría. La Lucha contra las Inmunidades del Poder. Editorial Civitas, Pag. 35.

<sup>96</sup> Sentencia N° 0029 de 31 de Enero de 1.991

la declaratoria de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, ello no impide "...el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria..." y el "...reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo, por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que éste hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público". Si se trae a colación la anterior normatividad jurídica es porque ella resulta bien ilustrativa para concluir que, aún en el evento de que se hubiese solicitado la nulidad absoluta o relativa de los Contratos Nos. 58/94; 66/95 y 34/96, tampoco podría el Tribunal ordenar la repetición de lo pagado, ni negar el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas. Siendo ésta la conclusión jurídica, para los eventos más graves, se impone concluir que la misma filosofía se impone en el manejo de los casos concretos que no tienen tal universo.

Estas reflexiones se hacen teniendo el Tribunal en mente lo establecido en el artículo 151 del E.O.S.F., según el cual "las instituciones fiduciarias que administren fondos comunes de inversión sólo podrán percibir por su gestión la remuneración que expresamente se estipule en los contratos". Así mismo, lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe a las entidades estatales pactar la remuneración fiduciaria con cargo a los rendimientos generados por los bienes fideicomitidos a menos que éstos se encuentren presupuestados.

Según lo dicho, a pesar de lo preceptuado por estas normas, lo cierto es que FIDUAGRARIA prestó un servicio adicional consistente en la colocación de dineros del INURBE en el Fondo Común Ordinario, servicio del cual obtuvo el Fideicomitente un indudable beneficio consistente en la rentabilidad producida por esas colocaciones, de lo que se infiere que la parte que logró esas ventajas financieras ha de pagar las contraprestaciones correspondientes, las cuales conoció, pues le fueron informadas en los extractos mensuales que le enviaba la Fiduciaria, sin que jamás las hubiere objetado, de suerte que las aceptó tácitamente.

Por las razones expuestas, se denegará esta pretensión de la demanda.

### **1.9 Incumplimientos de FIDUAGRARIA en la prestación de los servicios complementarios ofrecidos por ella y pactados en los distintos contratos**

En el hecho 28 de la corrección de la demanda el apoderado de INURBE destaca que FIDUAGRARIA "...no cumplió, en los contratos objeto de la demanda, con los servicios complementarios que ofreció al INURBE en las respectivas propuestas...". Esos servicios se enlistan luego bajo los siguientes rubros: Asesoría Jurídica; Suministro de Material Didáctico; Comunicaciones Recordatorias; Cofinanciación de avisos de divulgación y Monitoreo a Programas.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias generales y particulares del caso, el Tribunal se ocupará de estudiar por separado el alcance de tales obligaciones, con el fin de definir si en puridad de verdad ellas se cumplieron y si se presentó el daño, razón de ser de la responsabilidad.

#### **1.9.1 Comunicaciones recordatorias y asesoría jurídica antes de efectuarse el cobro del subsidio.**

Bajo el rubro 28.1 de la reforma de la demanda se afirma que; "En los contratos N° 58 de 1.994 y 66 de 1.995 este servicio se ofreció en los siguientes términos: "Junto a la comunicación que se enviará a cada uno de los hogares con subsidio asignado por el INURBE en las que se le indican los términos de que disponen para aceptar el subsidio, se adjuntarán las instrucciones específicas que se refieren a las condiciones especiales que deben tener tales documentos por tratarse del cobro del subsidio familiar de

vivienda (determinadas en las reglamentaciones del INURBE” Folio 152 y 145 de las propuestas, respectivamente”.

En la aclaración al dictamen pericial los peritos en su respuesta 6ª al interrogatorio que se les formuló, destacan:

“De acuerdo con la propuesta presentada que sirvió de base para la celebración del Contrato N° 066/95, entre los “Servicios Complementarios” ofrecidos por FIDUAGRARIA se encuentra la “Asesoría Jurídica antes de efectuarse el pago del subsidio”, donde se dice: “FIDUAGRARIA S.A. cuenta con un área jurídica, a nivel central, que absolverá las consultas que por cualquier causa no se resuelvan en las oficinas o que los interesados quieran hacer directamente, por medio de comunicación escrita o telefónica”. En la “Forma de Cumplimiento”, se dice: “Para la prestación de este servicio FIDUAGRARIA cuenta con un grupo de cinco (5) profesionales calificados adscritos así...”, mencionando a continuación el personal que tendría a su cargo esta actividad en la Secretaría General, la Dirección Jurídica y la Dirección de Ejecución de Negocios Fiduciarios.

La forma de prestar este servicio, de acuerdo con la propuesta, no implicaba dedicación exclusiva, sino disponibilidad permanente para atender las consultas de los interesados, razón por la cual estos costos no estaban identificados exactamente en la contabilidad. La información suministrada por FIDUAGRARIA indica que el servicio sí se prestó, por cuanto el personal a cargo atendió las consultas que realizaban los usuarios, personalmente, o a través de llamadas telefónicas. Igualmente, existen en los archivos de FIDUAGRARIA, constancias de respuestas a consultas formuladas por los interesados en los programas” (Subrayas del Tribunal).

El Tribunal valora, en todo su universo, el anterior dictamen pericial, pues reúne todos los requisitos exigidos para su existencia, validez y eficacia probatoria. Por ello denegará esta pretensión de la demanda no sin antes agregar que en el caso sub-exámine tampoco se demostró el DAÑO, razón de ser de la responsabilidad. En lo que hace relación con las comunicaciones recordatorias, los auxiliares de la justicia destacan que en la carpeta denominada “CARTAS AVISO DE VENCIMIENTO”, correspondiente a los subsidios asignados en la Resolución 858 de diciembre 27 de 1.996, se encuentran debidamente archivadas las copias de las comunicaciones dirigidas a beneficiarios del subsidio recordándoles el vencimiento”. Allí aparecen, debidamente foliadas, 90 cartas, con la respectiva constancia de remisión por parte de ADPOSTAL. Estas comunicaciones fueron revisadas en su totalidad. No aparecieron más carpetas con comunicaciones relativas a otras resoluciones de adjudicación de subsidios”.

El Tribunal no hace suya la óptica jurídica que maneja el apoderado del INURBE, en su alegato de conclusión, cuando afirma que FIDUAGRARIA ha debido enviar 46.967 comunicaciones, por el porte mínimo para cada una de \$600.00, para un gran total de \$28.126.200.00 .Y no la patrocina, porque como ya lo dijo, no aparece demostrado el DAÑO que por el no envío de todas esas comunicaciones se hubiese causado al INURBE. Por lo demás, la omisión en el envío de tales notas sólo a los beneficiarios del subsidio podía afectar, pues a la postre tal omisión de comunicación los podía privar del beneficio del subsidio de vivienda. Del DAÑO también se ha exigido la nota de que sea “PERSONAL”, esto es, propio de quien lo reclama. El Profesor Bustamante Alsina<sup>97</sup>, enseña: “Nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por otro, aunque derive éste del mismo acto ilícito que perjudicó a aquél”.

### **1.9.2 Incumplimiento de FIDUAGRARIA en la distribución de material didáctico.**

Bajo el hecho N° 28.2 de la corrección de la demanda, el mandatario judicial del INURBE afirma: “En las propuestas que precedieron la celebración de los contratos 58

<sup>97</sup> Jorge Bustamante Alsina. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Abledo Perrot. Pág. 170.

de 1.994 y 66 de 1.995, que forman parte de los mismos, FIDUAGRARIA se comprometió a distribuir “por cada hogar postulante beneficiado con la asignación del subsidio familiar de vivienda que corresponda entregar a FIDUAGRARIA... material didáctico relativo al proceso del subsidio familiar, en dos catálogos plegables, papel Kimberly de 28x14 cms”, el cual según las mismas propuestas se distribuiría junto con las comunicaciones recordatorias. Folios 151 y 144 de las propuestas respectivamente.

En la propuesta que precedió la celebración del contrato N° 34 de 1.996, FIDUAGRARIA ofreció elaborar y suministrar material didáctico, comprometiéndose a destinar para el cumplimiento de este servicio la suma de \$10.000.000.00”. En la aclaración del dictamen pericial los auxiliares de la justicia, sobre esta pretensión, destacan:

“Los avisos relacionados con el programa y los subsidios eran preparados y ordenados por el INURBE, única entidad que conocía la cantidad y el costo de los avisos ordenados y publicados. En los archivos de FIDUAGRARIA, se encontró copia de la comunicación N° 688, del 12 de diciembre de 1.997, radicada en INURBE el día 19, en la cual la Directora Ejecución de Negocios Fiduciarios, manifiesta: “De acuerdo con el ofrecimiento de servicios presentado por nuestra entidad para la atención del contrato fiduciario N° 66/95 firmado con esa entidad, y dado que vence el próximo 31 de diciembre/97, nos permitimos recordarle que a la fecha no hemos recibido cuenta de cobro alguna sobre el valor de cofinanciación que le corresponda cancelar a FIDUAGRARIA S.A. para efectos de publicar los avisos de divulgación de asignaciones del INURBE”.

FIDUAGRARIA explica que no puede efectuar pagos si no existe previamente una cuenta de cobro por este concepto”.

Para el Tribunal lo anterior pone en evidencia la voluntad de FIDUAGRARIA de cumplir lo estipulado, no siéndole imputable, por tanto, la inejecución que se pretende endilgarle.

Durante las audiencias de recepción de testimonios el Tribunal conoció los folletos de divulgación de la información relacionada con los trámites para la obtención de los subsidios y quedó bien probado que ellos fueron editados por el INURBE con la colaboración de las Fiduciarias. Este reconocimiento lo hace también el apoderado de FIDUAGRARIA en el alegato de conclusión, página 28. Ocurre, sin embargo, que en el “Acta Administradora del Fideicomiso para la Administración y Pagos del Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social” correspondiente a la reunión llevada a cabo el día 4 de octubre de 1.995, celebrada según verificación de los peritos en presencia de once funcionarios del INURBE, se dejó expresa constancia de que los textos de la cartilla “...fueron redactados por el INURBE con la colaboración de Fiducor y Fiduoccidente..”, y de que en la misma sesión “...se planteó la posibilidad de que con base en los diseños elaborados por el INURBE, las fiduciarias estudien una fórmula de participación en la reproducción de las cartillas”. Aquí el Tribunal recuerda que el DAÑO puede ser reparado por un tercero, produciéndose a favor de éste los efectos de ley, según las circunstancias (Subrogación, Acción de Repetición, etc.).

Dentro de este último marco el Tribunal encuentra que la fórmula de participación de las distintas Fiduciarias en la elaboración de los folletos no se probó dentro del proceso, realidad que hace que el DAÑO imputable a FIDUAGRARIA no sea cierto. La obligación que FIDUAGRARIA contrajo, en el contrato N° 34 de 1.996, en el sentido de destinar la suma de \$10.000.000.00 para elaborar y suministrar material didáctico, no aparece cumplida, pero de este incumplimiento no se infiere el daño. El Dr. Escobar Gil<sup>98</sup>, discurre sobre la materia dentro de la siguiente perspectiva que hace suya el Tribunal: “1. La primera nota del daño indemnizable es su EXISTENCIA REAL Y EFECTIVA, como factor objetivo que implica la ruptura del equilibrio económico de las

<sup>98</sup> Rodrigo A. Escobar Gil. Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Pág.

prestaciones recíprocas del contrato administrativo. En innumerables sentencias ha afirmado la jurisprudencia administrativa que NO BASTA QUE SE HAYA PRODUCIDO EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL ENTE PUBLICO (siguiendo la jurisprudencia civil) para que nazca la responsabilidad patrimonial, sino que también es necesario que el co-contratante acredite la existencia real y efectiva del daño, porque es este elemento el que provoca la alteración del equilibrio económico de las prestaciones y la insatisfacción del crédito del co-contratante (Sentencias de 19 junio 1980, 3 y 25 febrero, 10 y 26 mayo y 16 junio 1982). Si la responsabilidad patrimonial contractual tiene por fundamento el principio de la integridad patrimonial del acreedor y su finalidad es la reparación del patrimonio del sujeto lesionado, nada más lógico para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria del contratista que la carga de acreditar la existencia real y efectiva del daño, porque SI NO HAY INTERES JURIDICO LESIONADO tampoco hay obligación reparadora (Sentencia de. 5 octubre 1982).

Únicamente son tomados en consideración los daños efectivamente sufridos por el contratista, para lo cual no basta con acreditar sólo su existencia, sino que también es necesario PROBAR SU CUANTIA”.

La omisión de INURBE al no facturar suma alguna a FIDUAGRARIA, por el rubro obligacional que se analiza, no obstante el temperamento que tiene la comunicación N° 688 del 12 de Diciembre de 1.997 que le dirigió la Directora de Ejecución de Negocios Fiduciarios de FIDUAGRARIA, da margen para interpretar que si nada se facturó, nada se debía. Realidades como la que se deja analizada son las que dan marco para que los doctrinantes y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado destaquen que en más de una ocasión la interpretación de la conducta humana tiene más interés que la de la propia ley.

Por las razones expuestas, se denegará esta pretensión.

### **1.9.3 Incumplimiento de FIDUAGRARIA en la obligación de cofinanciar los avisos de divulgación**

Bajo el Hecho 28.4, de la corrección de la demanda el apoderado de INURBE afirma: “En los contratos 58 de 1.994 y 66 de 1.995, FIDUAGRARIA se comprometió a destinar, para cumplir con este ofrecimiento, una suma igual al 2% del total de la remuneración fija estimada en el contrato, que corresponda al monto de los recursos destinados para el pago de la remuneración a la FIDUCIARIA. Folios 144 y 151 de las respectivas propuestas”

En el contrato N° 34 de 1.996 FIDUAGRARIA se comprometió a destinar la suma de \$10.000.000.00 para cofinanciar la publicación de avisos de divulgación de las asignaciones de subsidios. Folio 58 de la propuesta”.

En el alegato de conclusión, el apoderado del INURBE anota que: “Acorde con lo ofrecido y pactado, en el contrato 58 de 1.995 FIDUAGRARIA debía destinar para este efecto la suma de \$2.923.183.00; en el contrato 66 de 1.995 \$3.182.294 y en el contrato 34 de 1.996 \$10.000.000.00, para un total de 16.105.477.00 y en el dictamen pericial los expertos comprobaron que “no hay pago alguno registrado en los libros de contabilidad que corresponda a este rubro””(final de la página 18 y principio de la 19).

El Tribunal valora y da por bien probada la realidad que destacan los auxiliares de la justicia sobre el particular que se analiza, pero deja bien en claro que en el caso sub-exámene tampoco se probó que INURBE hubiese hecho gasto alguno por AVISOS DE DIVULGACION. Así las cosas, el DAÑO no resulta cierto, y, por lo mismo, la pretensión no tiene vocación de prosperidad. El Dr. Juan Carlos Henao<sup>99</sup>, se refiere en su obra a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que tiene el siguiente temperamento:

---

<sup>99</sup> Juan Carlos Henao. El Daño. Universidad Externado de Colombia. Pág. 36.

“Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”.

Luego concluye:

“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad.”

#### **1.9.4 Incumplimiento de FIDUAGRARIA en la obligación de prestar el servicio de monitoreo a los programas.**

En el hecho 28.5 de la reforma de la demanda se lee: “Monitoreo a programas. En el contrato N° 66 de 1.995, y con el fin de evaluar el riesgo de fraude en el cobro de los subsidios, FIDUAGRARIA ofreció prestar el servicio de monitoreo a los programas cuyo pago le fuera asignado, mediante la contratación de técnicos o peritos especializados, efecto para el cual debía destinar hasta el 5% del total de la remuneración fija liquidada a su favor por concepto de la atención del objeto del contrato. Folio 143 de la propuesta.

En el contrato 34 de 1996, y con el fin de detectar las razones de no cobro del subsidio y permitirle al INURBE determinar el riesgo de fraude, FIDUAGRARIA se comprometió a efectuar seis visitas mensuales de monitoreo a los programas cuyo pago le fuera asignado. Folio 58 de la propuesta.

Esta obligación no se previó en el contrato N° 58 de 1.994”.

En su alegato de conclusión el mandatario judicial del INURBE, al referirse a esta materia, anota: “Quedó establecido en el numeral 6.4 del capítulo IV, el alcance de los compromisos de FIDUAGRARIA con relación a este servicio complementario: En el contrato 58 de 1.994, la suma de \$9.672.386.80 y en el contrato 66 de 1.995, la suma de \$11.525.280.30, para un total de \$21.197.667.10. Con relación al contrato 34 de 1.996, la fiduciaria se obligó a realizar este monitoreo, efectuando seis (6) visitas mensuales.

Quedó probado en el proceso (paginas 19 y 36 del dictamen y 11 y 12 de la ampliación) que en la contabilidad de FIDUAGRARIA está registrado el pago de unas sumas de dinero por estos conceptos, pero las fechas de los contratos celebrados por la fiduciaria a los que corresponden estos pagos y las fechas de los registros contables (junio de 1997, enero, abril y julio de 1.998) conducen a afirmar que estos pagos corresponden a servicios contratados para dar cumplimiento a la obligación pactada en el contrato 34 de 1996.

Incumplió FIDUAGRARIA los contratos 58 de 1994 y 66 de 1995 en cuanto a la prestación del servicio de monitoreo a programas de vivienda de interés social y tal incumplimiento se cuantifica en la suma de \$21.197.667.10”.

Para el Tribunal el incumplimiento de FIDUAGRARIA, en el rubro que se estudia, no quedó demostrado. Los peritos, en la aclaración del dictamen reiteran lo que ya habían destacado en el estudio inicial, esto es, que por concepto de monitoreo de programas

de vivienda el centro de imputación jurídica demandado pagó la suma de \$8.994.600.00. Precisan sí, que tales pagos se hicieron, hasta el 10 de julio de 1.998 al Señor CARLOS A BUITRAGO, "...contratista con quien se suscribieron dos Órdenes de Servicio (junio 26/97 y enero 5/98) y un Contrato de Prestación de Servicios (abril 1/98) para realizar el "monitoreo de programas de vivienda". Los comprobantes externos aplicables son los comprobantes de egreso y los cheques girados para cumplir lo pactado en estos contratos. En estos contratos se identifica plenamente la clase de servicio prestado. Los auxiliares de la justicia precisan luego las ciudades en que tal monitoreo fue efectuado en los programas de INURBE, que suman 21. Luego concluyen: "Con posterioridad a la fecha citada, el 16 de julio, FIDUAGRARIA suscribió un nuevo contrato de prestación de servicios con el mismo contratista, por la suma de \$7.380.000.00, para realizar "36 visitas a las obras realizadas con el subsidio de vivienda de interés social otorgado por el INURBE mediante la fiduciaria...". De este valor, han sido cancelados cuatro contados de \$1.176.000. cada uno, correspondientes a los meses de julio a octubre de 1.998".

El Tribunal valora y aprecia en todo su universo el anterior dictamen pericial pues él reúne todos los requisitos de ley para su existencia, validez y eficacia probatoria. El aparece debidamente fundamentado, sus conclusiones son claras, firmes y son secuencia lógica de sus fundamentos. Por lo demás, ellas son convincentes y no aparecen como improbables, absurdas o imposibles.

Por las razones expuestas, se denegará esta pretensión de la demanda.

#### **1.9.5 Incumplimientos de FIDUAGRARIA invocados por el INURBE en el hecho N° 28 de la Demanda**

Hecho el estudio de los incumplimientos que el INURBE invoca en el HECHO 28 de la reforma a la demanda, relacionados con la forma como FIDUAGRARIA prestó o nó los llamados servicios complementarios, el Tribunal desea destacar, para darle fuerza de convicción al laudo, que el Fideicomitente se reservó para la demanda todas las censuras que en el momento de los supuestos incumplimientos le ha debido hacer a la Fiduciaria, si era que no estaba de acuerdo, con la forma como se prestaba la asesoría jurídica, o se cumplía la obligación de suministrar el material didáctico, etc., etc. Igual censura se impone hacer respecto de los cobros que FIDUAGRARIA le hizo por el servicio prestado por las inversiones en el fondo común ordinario. No puede olvidarse que FIDUAGRARIA rendía informes mensuales de gestión al INURBE y que en ellos se registraban hechos de importancia, que no fueron cuestionados entonces por éste. Así, por vía de ejemplo, si la inversión ocasional en el fondo común no ameritaba pago alguno, por qué aceptó, en todo momento, que se pagara la comisión correspondiente?

El apoderado de la parte demandada, en la contestación de la demanda (hecho 10), pone de presente esta circunstancia cuando anota: "EL INURBE fue permanente y reiteradamente informado, mes a mes, por la Fiduciaria sobre todos los costos y gastos del encargo y expresa y detalladamente sobre el valor y la causa de sus remuneraciones, SIN QUE ESTE HUBIERA REALIZADO NUNCA ALGUN REPARO O RECHAZO POR ESOS COSTOS Y GASTOS". Pero es más: Resulta inaceptable, a la luz de la lógica de lo razonable, que INURBE, si en puridad de verdad estaba frente a un FIDUCIARIO, tan abiertamente desfasado en la ejecución de sus obligaciones, no hubiese hecho uso del poder que tenía para REVOCAR EL ENCARGO, potestad que aparece consagrada en las cláusulas décima sexta de los contratos Nos. 58, 66 y 34, a través de la siguiente literatura:

"CLAUSULA DECIMA SEXTA. REVOCACION DEL ENCARGO. EL FIDEICOMITENTE se reserva el derecho de revocar el presente encargo, en cualquier momento, UNA

VEZ DETERMINE QUE HUBO POR PARTE DE LA FIDUCIARIA, INEFICACIA, FALTA DE DILIGENCIA o MANEJO INADECUADO SOBRE LOS BIENES DEL MISMO”.

En aplicación del PRINCIPIO DE LA BUENA FE el Tribunal concluye que en muchos casos tanto el DERECHO como LA JUSTICIA exige que los derechos nazcan de la conducta negocial que en todo momento tuvieron las partes vinculadas a través del contrato. Circunstancias con tal temperamento llevan al Profesor Jesús González Pérez, a predicar: “Si la actuación del administrado tiene lugar ANTE LA PASIVIDAD DE TODOS Y, CONCRETAMENTE, de los órganos administrativos competentes para dictar los actos, NO SERIA CONTRARIO A LA CONFIANZA CREADA POR ESTA ACTITUD cualquier REACCION ULTERIOR A AQUELLAS ACTUACIONES..... De este modo, al impedir el principio la reacción frente a lo que era una situación pura de hecho, viene a conferir legitimación a ésta, haciendo jurídico lo que no lo era. De ahí que pueda hablarse de que la aplicación del principio de la buena fe puede determinar el nacimiento de relaciones jurídicas”<sup>100</sup>.

De la prueba aportada al proceso se vivencia, sin lugar a espacios para la duda, que en el cumplimiento de las obligaciones surgidas entre las partes, éstas se suscitaron confianza, en la forma como se ha dejado analizada, en los distintos frentes analizados del presente conflicto de intereses. Ella merece jurídicamente protección, pues es de singular importancia en la defensa y protección del tráfico jurídico. Una confianza creada por el comportamiento del otro debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. En el Derecho de Contratos – enseña el maestro Karl Larenz “...no sólo rige la ejecución de las obligaciones contractuales en particular, sino que determina también la originación de múltiples y variados DEBERES ACCESORIOS, impuestos por EL FIN del contrato o por el respeto de los INTERESES DE LA OTRA PARTE, ASÍ COMO DEBERES DE AUXILIO O LEALTAD....Es consecuencia de ello que el contrato no haya que cumplirlo sólo atendiendo a su texto, sino como demanda su sentido y finalidad y como la otra parte podía esperar según EL CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS, según lo que las partes habían hablado, aunque no se recogiera en el texto, y según los usos de un tráfico negocial honorable”.<sup>101</sup>

### 1.10 La liquidación de los Contratos

El Mandatario Judicial del INURBE, en la Pretensión Quinta de la Demanda, impetra que el Tribunal haga la liquidación de todos los contratos objeto de este arbitramento o que indique “...los parámetros o pautas obligatorias para su liquidación (...) y como consecuencia de la liquidación de cada contrato se ordenen las devoluciones, transferencias, pagos y demás reconocimientos patrimoniales a que tenga derecho el INURBE frente a FIDUAGRARIA, y se efectúen las compensaciones a que haya lugar entre las partes de manera recíproca”.

El Apoderado de FIDUAGRARIA, a su turno, al contestar la demanda, en forma expresa destaca: “ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante distinguidas con los números tercera a octava, inclusive ...”.

Como las pretensiones de condena recogidas, tanto en la demanda principal, como en la de reconvención, no prosperarán, por las razones que se exponen en los considerandos de este laudo, el Tribunal deniega también la enlistada en el punto Quinto del “petitum”, correspondiente al libelo del INURBE, pues frente a tal realidad, corresponde a las partes hacer la liquidación de todos los contratos, ora por mutuo acuerdo, como lo preceptúa el Artículo 60 de la Ley 80 de 1.993, ora por la administración, en forma UNILATERAL, como lo autoriza el Artículo 61 del mismo estatuto. Y se afirma lo primero, porque fracasadas las pretensiones de ambas partes, estas siguen conservando la facultad de hacer los ajustes, revisiones, acuerdos, conciliaciones y transacciones, que permitan poner fin a todas las divergencias no

<sup>100</sup> El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, Pags. 92 y ss.

<sup>101</sup> Karl Larenz. Derecho Justo. Editorial Civitas. Pag. 96



acogidas en este laudo, con el fin de declararse a paz y salvo, definiendo quién debe a quién y cuánto. En el cumplimiento de esta tarea no pueden ser reemplazados por nadie que no los represente. Ahora bien: Si el citado acuerdo no se produce, ora porque el contratista no se presenta a la liquidación, ora porque las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, la administración debe hacer uso del PODER EXORBITANTE que tiene para realizarla, mediante ACTO ADMINISTRATIVO, pasible del recurso de REPOSICION. Este poder no es renunciable, ni delegable. Los árbitros sólo pueden proceder a la liquidación del contrato, dentro del laudo, cuando ambas partes hayan aceptado que así sea, y en el evento de que prosperen todas, o algunas de las pretensiones económicas de las partes.

Como el Apoderado del INURBE solicita, en forma subsidiaria, que se fijen “parámetros” o “pautas” obligatorias para hacer la liquidación, el Tribunal señala las siguientes:

La falta de pago, total o parcial, o el pago extemporáneo de las obligaciones de reembolso a cargo de las cooperativas receptoras de las inversiones temporales de los recursos entregados a FIDUAGRARIA para la ejecución de los contratos no afectarán patrimonialmente a esta Fiduciaria, de manera que tales incumplimientos sólo generarán efectos para el INURBE.

Dentro de las liquidaciones que se practiquen deberán reconocerse a cargo del INURBE las comisiones facturadas por FIDUAGRARIA y no pagadas por el INURBE, por concepto de colocaciones de recursos en el Fondo Común Ordinario de esta Fiduciaria, que ascienden, a valor nominal, a un monto total de \$53'279.042, según el dictamen pericial que el Tribunal aprecia.

En la liquidación de los contratos se deberán incluir todos los gastos que FIDUAGRARIA, en su condición de mandatario del INURBE, demuestre haber realizado para la recuperación de los dineros colocados en las distintas cooperativas. Para tal fin, el mandatario deberá rendirle cuentas al INURBE.

De conformidad con las pruebas aportadas al expediente, está acreditado que el INURBE pagó a FIDUAGRARIA la totalidad de las comisiones fijas causadas por subsidios pagados. No habrá lugar a retribución alguna por labores adelantadas por la Fiduciaria, previas al pago de los subsidios, cuando éstos no hubieren sido pagados.

Estas pautas no excluyen las demás que la ley ordene o que las partes consideren que deben ser motivo de liquidación convencional o unilateral.

### **1.11 Conclusión**

De acuerdo con las manifestaciones precedentes, el Tribunal reitera, respecto de los incumplimientos que la parte convocante le endilga a FIDUAGRARIA, que ésta última cumplió las prestaciones a su cargo estipuladas en los contratos 58 de 1994, 66 de 1995 y 34 de 1996, tanto las relacionadas con las inversiones temporales y pago de subsidios, como las relativas a la prestación de los servicios complementarios contratados; de manera que falta un elemento esencial para que proceda la declaratoria de responsabilidad civil que persigue el INURBE en este proceso, elemento consistente en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la demandada.

De la anterior conclusión general sólo se exceptúan dos prestaciones de la Fiduciaria: la de contribuir al pago del material didáctico y la de cofinanciar avisos de divulgación de los subsidios de vivienda de interés social, respecto de las cuales la demandada no hizo los pagos correspondientes. Sin embargo, de acuerdo con las puntualizaciones hechas por el Tribunal, el INURBE no acreditó, que la inobservancia de estas prestaciones le hubiera generado un daño cierto y real que deba resarcírsele. Por tanto, faltando en estas dos hipótesis la demostración del perjuicio, que es otro elemento

esencial de la responsabilidad, no tendrán tampoco éxito las respectivas pretensiones del convocante.

## **2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN RELACION CON LAS EXCEPCIONES DE FONDO PLANTEADAS POR FIDUAGRARIA EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Sobre este asunto, el Tribunal toma en consideración los siguientes comentarios de la doctrina:

“CÓMO SE EXAMINAN LAS EXCEPCIONES. Salvo las del proceso ejecutivo, las excepciones se deciden en la sentencia final. Si el demandado las ha propuesto, el juez debe examinarlas en la parte motiva y decidir sobre ellas en la parte resolutive, siempre que encuentre acreditados los requisitos de la pretensión, pues en caso contrario absuelve al demandado por la ausencia de cualquiera de ellos..... Sobre estos puntos dice la Corte: “El estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión)” (XLVII, 616).”<sup>102</sup>

Así las cosas, siendo claro que no habrá de prosperar ninguna de las pretensiones del INURBE enderezadas a que se le deduzca responsabilidad civil a FIDUAGRARIA, el Tribunal entiende que no es necesario entrar a analizar las excepciones de mérito planteadas por la demandada.

## **3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN RELACION CON LA DEMANDA DE RECONVENCION DE FIDUAGRARIA**

Las pretensiones de esta contrademanda aparecen transcritas en la página 10 de este Laudo, las cuales fueron rechazadas por el apoderado del INURBE porque equivalen a la excepción de “contrato no cumplido” propuesta por FIDUAGRARIA cuando contestó la demanda. Agregó que como se basan en supuestos inexistentes no pasan de ser “un ejercicio procesal redundante e inoficioso”.

El Tribunal considera:

La primera petición es en gran medida complementaria de la pretensión inicial de la demanda principal, en la que se impetra la declaración de ser esos contratos “estatales de fiducia pública”. Por consiguiente, las consideraciones que ha hecho el Tribunal sobre esta última son valederas también respecto de aquélla.

No discrepan las partes respecto de la celebración de los contratos y ninguna ha puntualizado la ausencia de algún requisito que impida o afecte su existencia o validez. Esta apreciación puede confirmarse mediante una serie de verificaciones, a saber: que las estipulaciones de sus cláusulas aparecen acordes con los pliegos de condiciones o términos de referencia y con las propuestas presentadas por FIDUAGRARIA en la licitación; que se acataron las directrices trazadas en la ley 80 de 1993 acerca de la forma, el contenido y el perfeccionamiento de los contratos; que por medio de ellos se procuró el cumplimiento de los fines estatales (art. 40) así como el continuo y eficiente desarrollo de la función adscrita por la ley a la entidad contratante, y el compromiso de la contratista de colaborar en el logro de dichos fines (art. 3o.) sobre todo por ser una entidad descentralizada (sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado). Además, su calificación de negocios fiduciarios presupone que las partes se ciñeron a las disposiciones imperativas del numeral 5. del artículo 32 de la citada ley.

En los documentos contentivos de los contratos números 66 de 1995 y 34 de 1996 se lee que son de fiducia pública y en el del contrato No. 58 de 1994 consta que las

<sup>102</sup> Hernando Morales M. Curso de Derecho Procesal Civil - Parte General. 1.991 N° 185.

partes acordaron un encargo fiduciario. Así, prima facie podría observarse una discordancia con el texto de la ley según el cual los negocios jurídicos bajo esta denominación tienen por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades estatales celebren, situación que no es la del presente caso. Sin embargo, es evidente que todos tres son negocios fiduciarios, respecto de los cuales el mismo precepto prevé que pueden concertarse “para objetos y con plazos precisamente determinados”. Y es claro que la validez de su celebración depende del acatamiento estricto no sólo a las reglas que gobiernan la contratación administrativa sino también a las normas fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales está sujeto el INURBE.

En cuanto a que los contratos “se encuentran actualmente en ejecución”, es incuestionable que el nueve de diciembre de 1997, fecha en la cual fue presentada la demanda de reconvención, no habían expirado sus respectivos términos de vigencia. Pero en la actualidad sólo está pendiente la liquidación de los tres contratos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

En cuanto al incumplimiento consistente en la no entrega por la entidad demandante a FIDUAGRARIA de la totalidad de los recursos necesarios para que pudiera cumplirse el objeto de los contratos, el INURBE ha invocado dificultades de orden presupuestal. Por ejemplo, en oficio SAF 06321 del 1o. de julio de 1997 en el cual el Subgerente Administrativo y Financiero del INURBE hizo saber a FIDUAGRARIA: “En atención al oficio de fecha 23 de junio de 1997, me permito comunicarle que no existe disponibilidad presupuestal para atender el pago de \$1.705.683.009.26 del contrato No. 058 de 1994, debido a que dichos recursos se registraron en reserva presupuestal para pago en la vigencia de 1995 y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no giró dichos recursos al INURBE, como consecuencia de ello expiraron a 31 de diciembre de 1995, de acuerdo con el artículo 89 del Decreto 111/96 que conforma el Estatuto Orgánico del Presupuesto”. Al respecto es pertinente transcribir la explicación de los peritos:

“El término “disponibilidad presupuestal” hace referencia a las sumas incluídas en el presupuesto de gastos e inversiones de una entidad, que no han sido comprometidas previamente y, en consecuencia, se encuentran disponibles. Así lo consagra el artículo 19 del Decreto 568/96, al definir el “certificado de disponibilidad” como “el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de los compromisos”. Para iniciar los trámites de un contrato se obtiene el certificado de disponibilidad presupuestal, o CDP, afectando en esa cantidad la partida presupuestal. Celebrado el contrato, se produce el Registro Presupuestal, con lo cual se comprometen en forma definitiva la apropiación, “garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin”, como lo ordena el artículo 20 del Decreto citado. - Lo anterior indica que no fue la falta de disponibilidad presupuestal, como se dice en el Oficio la que ocasionó el no pago del subsidio, por cuanto esta disponibilidad debió existir en el momento de iniciar los trámites del contrato. Lo que efectivamente ocurrió, fue que el saldo no ejecutado en 1994, que pasó como reserva de apropiación para 1995, no se ejecutó en este año y, en consecuencia, se canceló la reserva presupuestal el 31 de diciembre”. (Ampliación del dictamen, pág. 27).

Ciertamente la disponibilidad presupuestal tradicionalmente ha sido condición indispensable para la ejecución de todo contrato estatal. Y con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, el artículo 26 del Decreto 679 de 1994 ordenó: “ En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para la ejecución del contrato se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondiente. Lo anterior sin perjuicio de que se efectúe el correspondiente registro presupuestal, cuando a ello haya lugar, de acuerdo con la ley orgánica de presupuesto y sus disposiciones complementarias”.

En los pliegos de condiciones o puntos de referencia y en cláusulas explícitas de los contratos se previó que los desembolsos del INURBE quedaban supeditados a normas y procedimientos presupuestales y fiscales. Esta previsión fue observada, por ejemplo, para la ejecución de los tres contratos en la vigencia fiscal de 1998, puesto que en oficio G.G. 100563 del 29 de diciembre de 1997 el Gerente General del INURBE comunicó al Gerente de FIDUAGRARIA: “De conformidad con las normas presupuestales vigentes, comedidamente le solicito den las instrucciones necesarias para que con cargo a los contratos Fiduciarios celebrados con ustedes, para la administración y pago de los recursos del Subsidio Familiar de Vivienda, se abstengan de realizar desembolsos con posterioridad al 31 de diciembre de 1997”.

En estas circunstancias, FIDUAGRARIA S. A. carece de fundamento legal para afirmar que INURBE incumplió por este aspecto los mencionados contratos.

Se encuentra suficientemente acreditado en el expediente que el INURBE si pagó a FIDUAGRARIA el valor íntegro de las comisiones fijas causadas en favor de esta última por concepto de subsidios pagados bajo cada uno de los contratos objeto del presente proceso.

También se ha acreditado en el plenario que el INURBE no ha cancelado el valor de las comisiones facturadas por FIDUAGRARIA, causadas por la inversión de los recursos del fideicomiso en el Fondo Común Ordinario de esta entidad, por una suma que a valor nominal, de conformidad con el dictamen pericial que el Tribunal aprecia, asciende a \$53'279.042, los cuales habrán de ser tenidos en cuenta en la liquidación administrativa de los referidos contratos. De la misma manera habrán de ser tenidos en cuenta los gastos que FIDUAGRARIA, en su condición de mandataria del INURBE, demuestre haber realizado para la recuperación de los dineros colocados en las distintas cooperativas.

No hay lugar al reconocimiento, por parte del INURBE, de retribución a favor de FIDUAGRARIA por gestiones previas al pago de los subsidios, cuando éstos no hubieren sido efectivamente pagados.

Respecto de la tercera pretensión, si los contratos no están en ejecución y los términos de vigencia de cada uno de ellos expiraron hace algún tiempo, es lógico que, por sustracción de materia, no tendría sentido ordenar la entrega de recursos para cumplir el objeto de los mismos. Desde luego las comisiones, gastos y demás expensas reclamadas por FIDUAGRARIA y sus montos quedarán plenamente establecidos en las liquidaciones administrativas de los contratos..

En cuarto lugar pretende FIDUAGRARIA que el INURBE le pague “los perjuicios que por daño emergente y lucro cesante le ha causado”. Pero el Tribunal observa que la existencia, cuantía y extensión de estos dos elementos no aparecen clara y específicamente determinados en el plenario. Es bien sabido que quien afirma haber sufrido un perjuicio debe comprobarlo en todos sus aspectos por cuanto es la base primordial e indispensable de la acción de responsabilidad. Si se omite esa comprobación o no fue posible su evaluación, resulta inoficiosa toda motivación sobre el particular. Precisamente el Consejo de Estado ha reiterado en diversas sentencias que no basta impetrar en la demanda el resarcimiento del daño con simples afirmaciones sobre su existencia pero sin aducir pruebas fehacientes susceptibles de resistir una rigurosa valoración, sino como si se tratara de presunciones o hechos ostensibles, públicos o notorios. Por consiguiente, esta pretensión ha de ser denegada.

Lo expuesto basta para que el Tribunal deba declarar parcialmente imprósperas las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención.

#### **4.- COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO**

En cuanto a las costas y gastos procesales el Tribunal pone de presente lo establecido en el Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el Artículo 55 de la Ley 446 de 1.998) según el cual “En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”.

La codificación referenciada, por su parte, sobre el particular dispone en el numeral 1. de su Artículo 392 que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso ...” aclarando en su numeral 5 que “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”.

El Consejo de Estado, sobre la interpretación del Artículo 55 de la Ley 446 de 1.998 transcrita, ha señalado:

“La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, que el régimen anterior no permitía ... y b) exige una valoración subjetiva para su condena ...” de manera que “no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso.”<sup>103</sup>.

En el caso sub examine el Tribunal encuentra que la conducta informal de las partes a lo largo de la ejecución de los distintos contratos, dio lugar a que surgiera el conflicto de intereses que hoy se resuelve a través del presente laudo. Observa, igualmente, que a lo largo de este proceso el comportamiento de ambas partes fue serio, leal y ajustado a derecho; así las cosas, no hay reproche alguno que hacer a su conducta, verdad que lleva al Tribunal a no condenar en costas.

En virtud de lo que se deja expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO.-** En cuanto a la pretensión Primera de la demanda del INURBE, declárase que los contratos N° 58 del 27 de Diciembre de 1.994; N° 66 del 31 de Julio de 1.995 y 34 del 25 de Abril de 1.996, celebrados entre el INURBE y FIDUAGRARIA son contratos estatales de fiducia pública.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la pretensión Segunda de la demanda del INURBE, declárase que la totalidad de los dineros entregados por el INURBE a FIDUAGRARIA en ejecución de los contratos anteriores son dineros públicos, integrantes del presupuesto del INURBE, destinados a la financiación de vivienda de interés social y, en concreto, al pago del subsidio para la vivienda de interés social

**TERCERO.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, denégase la pretensión Tercera de la Demanda de INURBE, y en consecuencia NO se declara que FIDUAGRARIA incumplió los anteriores contratos al pretermitir deberes o desbordar facultades que le imponían la ley o los mismos contratos, así como al no proceder con las precauciones y prudencia que le imponía la calidad de los dineros entregados por el INURBE en ejecución de estos contratos, y al cobrar por sus servicios sumas superiores o por razones diferentes a las previstas contractualmente, o al no haber prestado unos determinados servicios a los que se comprometió FIDUAGRARIA contractualmente. Exceptúase de esta denegatoria lo relativo al incumplimiento de los “servicios complementarios” consistentes en contribuir al pago de material didáctico y en cofinanciar avisos de divulgación de subsidios, respecto de los cuales se declara el incumplimiento por parte de FIDUAGRARIA; no obstante, por las

<sup>103</sup> Sentencia Consejo de estado, Febrero 18 de 1.999, Exp. 10.775.

razones aducidas en la parte motiva de esta providencia (ausencia de la prueba del daño, como elemento de la responsabilidad civil), el Tribunal se abstiene de proferir las condenas impetradas por el INURBE como derivadas de tales incumplimientos.

**CUARTO.-** Atendiendo las consideraciones de la parte motiva de esta providencia, el Tribunal no se pronuncia sobre las excepciones de fondo interpuestas por FIDUAGRARIA.

**QUINTO.-** Como consecuencia de lo resuelto en el punto Tercero de este Fallo, deniéganse las pretensiones Cuarta, Sexta y Séptima de la demanda del INURBE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO.-** Deniégase la pretensión Quinta de la Demanda del INURBE, salvo, parcialmente, en lo que hace relación a la solicitud para que se indiquen los parámetros o pautas obligatorias para la liquidación de los contratos. Sobre este particular, el Tribunal dispone:

- La falta de pago, total o parcial, o el pago extemporáneo de las obligaciones de reembolso a cargo de las cooperativas receptoras de las inversiones temporales de los recursos entregados a FIDUAGRARIA para la ejecución de los contratos no afectarán patrimonialmente a esta Fiduciaria, de manera que tales incumplimientos sólo generarán efectos para el INURBE.
- Dentro de las liquidaciones que se practiquen deberán reconocerse a cargo del INURBE las comisiones facturadas por FIDUAGRARIA y no pagadas por el INURBE, por concepto de colocaciones de recursos en el Fondo Común Ordinario de esta Fiduciaria, que ascienden, a valor nominal, a un monto total de \$53'279.042, según el dictamen pericial que el Tribunal aprecia.
- En la liquidación de los contratos se deberán incluir los gastos que FIDUAGRARIA, en su condición de mandatario del INURBE, demuestre haber realizado para la recuperación de los dineros colocados en las distintas cooperativas hasta el momento de la liquidación. Para tal fin, el mandatario deberá rendirle cuentas al INURBE.
- De conformidad con las pruebas aportadas al expediente, está acreditado que el INURBE pagó a FIDUAGRARIA la totalidad de las comisiones fijas causadas por subsidios pagados. No habrá lugar a retribución alguna por labores adelantadas por la Fiduciaria, previas al pago de los subsidios, cuando éstos no hubieren sido pagados.
- Estas pautas no excluyen las demás que la ley ordene o que las partes consideren que deben ser motivo de liquidación convencional o unilateral.

**SEPTIMO.-** En cuanto a la pretensión Primera de la demanda de reconversión de FIDUAGRARIA, declárase que los contratos N° 58 del 27 de Diciembre de 1.994; N° 66 del 31 de Julio de 1.995 y 34 del 25 de Abril de 1.996, celebrados entre el INURBE y FIDUAGRARIA, son contratos válidamente celebrados. Declárase igualmente que para la fecha de presentación de la demanda de reconversión de FIDUAGRARIA (Diciembre 9 de 1.997) los mismos se encontraban en ejecución; no obstante, a la fecha de este fallo todos ellos han terminado por el vencimiento de su término de duración.

**OCTAVO.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el Tribunal se pronuncia sobre las pretensiones incluidas en la "Pretensión Segunda" de la demanda de reconversión de FIDUAGRARIA, como sigue:

8.1. Deniégase la pretensión que impetra la declaratoria de incumplimiento de los contratos por parte del INURBE "por cuanto no ha pagado a FIDUAGRARIA S.A. la

totalidad de la retribución pactada en su favor”, en cuanto a la retribución pactada a título de “comisión fija” por cada subsidio pagado en cada uno de los contratos 58/94, 66/95 y 34/96.

8.2. Declárase que el INURBE no ha pagado a FIDUAGRARIA la totalidad de las comisiones facturadas por ésta, causadas por la inversión de recursos del fideicomiso en el Fondo Común Ordinario de la Fiduciaria.

8.3. Declárase que el INURBE no ha pagado a FIDUAGRARIA S.A. las expensas o gastos en que ésta ha incurrido para la defensa de los bienes del fideicomiso.

8.4. Deniégase la pretensión que impetra la declaratoria de incumplimiento de los contratos por parte del INURBE “porque el INURBE no ha entregado a FIDUAGRARIA S.A. la totalidad de los recursos necesarios que debió entregar de conformidad con los contratos para que pudiera cumplirse su objeto”.

**NOVENO.-** Deniégase la Pretensión Tercera de la demanda de reconvención de FIDUAGRARIA. No obstante, de conformidad con lo resuelto en el punto Octavo de este fallo, los parámetros expuestos por el Tribunal en las partes motiva y resolutive de esta providencia habrán de tenerse en cuenta en el momento de practicarse la liquidación de los contratos objeto de ésta litis.

**DECIMO.-** Deniégase la pretensión Cuarta de la demanda de reconvención de FIDUAGRARIA por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en cuanto no se acreditó la existencia ni la extensión del daño reclamado.

**DECIMO PRIMERO.-** Por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no se condena en costas.

**DECIMO SEGUNDO.-** Deniéganse todas las demás pretensiones de la Demanda del INURBE y de la demanda de reconvención de FIDUAGRARIA.

**DECIMO TERCERO.-** Protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.

**NOTIFIQUESE.**

**JOSE IGNACIO NARVAEZ GARCIA**  
Presidente

**JULIO CESAR URIBE ACOSTA**  
Arbitro

**JORGE SUESCUN MELO**  
Arbitro

**LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO**  
Secretario.

El Laudo fue notificado en audiencia a los señores apoderados de las partes, a quienes por Secretaría les fue entregada copia auténtica del mismo.

Para constancia se firmó el Acta por quienes intervinieron en la audiencia.

<b>JOSE IGNACIO NARVAEZ GARCIA</b> Presidente	<b>JULIO CESAR URIBE ACOSTA</b> Arbitro
--	--

<b>JORGE SUESCUN MELO</b> Arbitro	<b>LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO</b> Secretario
--------------------------------------	--

<b>GILBERTO PEÑA CASTRILLON</b> Apoderado INURBE	<b>CARLOS E. MANRIQUE NIETO</b> Apoderado FIDUAGRARIA
---	--